

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

HELOISA FERNANDES CÂMARA

ESTADO DE EXCEÇÃO ENTRE O DIREITO E A VIDA:
SOBERANIA, BIOPOLÍTICA E CAMPOS

CURITIBA
2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

HELOISA FERNANDES CÂMARA

**ESTADO DE EXCEÇÃO ENTRE O DIREITO E A VIDA:
SOBERANIA, BIOPOLÍTICA E CAMPOS**

**Dissertação apresentada como requisito parcial
obtenção do grau de Mestre em Direito, ao
Programa de Pós-Graduação em Direito, área de
concentração em Direito do Estado da
Universidade Federal do Paraná.**

Orientadora: Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri

CURITIBA
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

HELOISA FERNANDES CÂMARA

ESTADO DE EXCEÇÃO ENTRE O DIREITO E A VIDA SOBERANIA, BIOPOLÍTICA E CAMPOS

Dissertação aprovada como requisito parcial obtenção do grau de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito do Estado da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelas professoras:

Orientadora: Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Bethânia Assy
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Profa. Dra. Katya Kozicki
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2010.

AGRADECIMENTOS

Se o trabalho de pesquisa é individual, não é menos certo que só existe com a colaboração direta e indireta de muitas pessoas, as quais estiveram presentes, ainda que longe, nos momentos cruciais do desenvolvimento desta dissertação e generosamente fizeram com que este período fosse de imenso amadurecimento, de aprendizado e agradáveis surpresas.

À minha família, especialmente minha mãe, Marlene, pela sabedoria que nenhum livro pode ensinar, pelo carinho que nunca pode descrito e por fazer com que qualquer lugar que esteja se torne um lar. Ao meu pai Dorival pelo incentivo e confiança, talvez agradecidos com menos frequência do que deveria. À Letícia pela ajuda e acolhida nunca menos do que calorosa, e sim, também tenho muitas saudades! Mas mesmo à distância o orgulho só aumenta. Ao Dorival Jr, mesmo à distância, mesmo com o tempo, os (bons) sentimentos persistem. À vó Nida, que com otimismo e sabedoria torna os pesares da vida mais leves, além de seu incentivo constante e por compartilhar o abraço mais caloroso que existe.

Aos amigos de todas as horas, de todos os sentimentos e de todos os abraços: Cacá, Felipe Bley e Felipe Cursino. Vocês são muito mais do que posso descrever, mais do que eu posso agradecer, e nesta impossibilidade digo somente que vocês são minha família escolhida.

Aos amigos das discussões filosóficas e existenciais, das risadas, enfim, do compartilhamento de idéias e sentimentos, que permitiram que se aprofundassem as dúvidas em nossos encontros semanais: Bruno, João Paulo e Ori. Nossas conversas ecoam neste trabalho. Foi um privilégio ter participado de um grupo tão comprometido.

À Thais, pela paciência e amizade. Ao Denilson pela paciência e confiança, em geral maiores do que as minhas, além de sempre alimentar minhas dúvidas. Ao Rogério pelas conversas e pelo humor, o que sempre reativa minha crença no poder do riso.

À todos os amigos surgidos neste período, especialmente Carol, Liliane, Gika, Micheli, Dani e Nicole sempre companheiras.

Aos professores que com o gosto pelo debate me ajudaram a perceber que as coisas são mais complexas do que parecem, e melhor, que isto não é ruim: Katya, Luis Fernando, Ricardo, Egon, Gediel e Celso. Muitos dos debates em sala estão neste trabalho, de forma mais ou menos direta. A oportunidade de contar com professores que assumem de maneira ampla e generosa a vocação de ensinar é um privilégio.

À professora Vera Karam de Chueiri por todo o apoio, exemplo, compreensão e respeito. E principalmente pela sensibilidade de lidar com o direito com poesia, compartilhando (ambos) com seus alunos. Sou extremamente grata pelo exemplo sobre o significado da pesquisa, de seriedade intelectual, de comprometimento e de como a atividade

docente deve ser exercida, além de lições importantes sobre a vida e suas dores e delícias. Sua orientação sempre presente e generosa está gravada não só neste trabalho, mas em minha trajetória. Foi uma honra ter sido orientada (desde a monitoria na graduação) por você. Obrigada.

À CAPES pelo apoio financeiro, e à biblioteca do CCBB-Rio pela grata surpresa de descobrir livros imprescindíveis ao trabalho, e, principalmente pela disponibilidade de usufruir deste tesouro.

À Fátima, Laura, Ana e Sandra sempre prestativas e simpáticas no atendimento na pós. E à Jane, por sempre ter um tempo para quem a procura.

Ao auxílio na localização de bibliografia nas bibliotecas da UFPR, especialmente à Paula Carina por encontrar artigos preciosos quando eu achava que não havia maneira.

E, a todos que influenciaram este trabalho, tanto por conversas, indicação bibliográfica, paciência para ouvir sobre a dissertação, mesmo quando isso era aborrecido; assim como a todas as críticas, pois me permitiram rever algumas questões.

O senhor... Mire veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam. Verdade maior. É o que a vida me ensinou. Isso me alegra, montão. E, outra coisa: o diabo, é às brutas; mas Deus é traiçoeiro! Ah, uma beleza de traiçoeiro – dá gosto! A força dele, quando quer – moço! – me dá o medo pavor! Deus vem vindo: ninguém não vê. Ele faz é na lei do mansinho – assim é o milagre.

Guimarães Rosa, Grande Sertão: Veredas.

(...) nossa época, com a guerra moderna, o imperialismo e as ambições quase teológicas dos governantes totalitários, é, com efeito, a era do refugiado, da pessoa deslocada, da imigração em massa.

Edward Said, Reflexões sobre o exílio.

Eu finjo ter paciência.

Lenine.

O que será, que será?

Chico Buarque

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1: SUSPENSÕES DE DIREITOS E A SUSPENSÃO DO DIREITO	6
1.1 TODOS OS NOMES: AS DISTINTAS DESIGNAÇÕES DA EXCEÇÃO.....	9
1.1.1 Dilemas do estado de exceção: Estado (de Direito) e exceção	9
1.1.2 Excurso: a ditadura no Direito Romano.....	13
1.1.3 Estado de Sítio	15
1.1.4 Lei Marcial.....	21
1.1.5 <i>Iustitium</i> e o vazio de poder.....	25
1.2 CONSTITUCIONALISMO BÉLICO: A NORMATIZAÇÃO DO EXCEPCIONAL OU A NÃO APLICAÇÃO DO NORMAL?.....	28
1.2.1 A constituição de emergência.....	29
1.2.2 À procura de respostas constitucionais a uma questão inconstitucional: caos e ordem.....	37
1.3. BRASIL, 1891 - 1926 OU QUANDO OS MECANISMOS DE EXCEÇÃO SE TORNAM REGRA.....	42
1.3.1 O Estado de Sítio nos governos de Floriano Peixoto e Prudente de Moraes.....	42
1.3.2 O Estado de Sítio no governo de Artur Bernardes.....	51
1.4 LIMIAR	54
CAPÍTULO 2: A EXCEÇÃO E O ESTADO DE EXCEÇÃO: SOBERANIA E (IN)DECISÃO	58
2.1 HÁ UM TEÓRICO DA EXCEÇÃO: CARL SCHMITT.....	60
2.1.1 Decisão Soberana: o momento excepcional	64
2.1.2 A exceção e o direito ou o artigo 48 e a constituição.....	67
2.2 HÁ UM CRÍTICO DA VIOLÊNCIA: WALTER BENJAMIN.....	74
2.2.1 Diálogo de gigantes acerca do que é o vazio	76
2.2.2 Diálogo de dois gigantes acerca do drama barroco.....	81
2.2.3 Benjamin e as Teses sobre a História: uma homenagem apócrifa a Schmitt.....	82
2.2.4 A Exceção, a regra e o paradigma	84
2.3 <i>HOMO SACER</i> E A SOBERANIA OU SOBERANIA EXCLUÍDA DE SI MESMA.....	88
2.3.1 Bando:o fora-e-dentro da lei	90
2.3.2 A soberania “Diante da Lei”	92
2.4 LIMIAR	99

CAPÍTULO 3: CAMPOS: A LOCALIZAÇÃO DO ILOCALIZÁVEL OU A APREENSÃO DA VIDA PELO DIREITO	102
3.1 PODER EM FOUCAULT.....	104
3.1.1 Poder disciplinar e a criação de um corpo (infinitesimalmente) controlado	106
3.1.2 O panóptico ou a possibilidade de tudo ver, sempre.	108
3.2 Biopolítica: populações como objeto do poder.....	109
3.2.1 Biopolítica em Agamben.....	112
3.2.2 Crítica de Agamben aos direitos humanos a partir da biopolítica	115
3.2.3 O exílio de direitos: o estrangeiro que chega e põe em xeque o castelo de areia dos direitos humanos	118
3.3 CAMPOS: A (DES)LOCALIZAÇÃO EXCEPCIONAL.....	124
3.3.1 Os campos: a falência da tríade fundamental (nascimento/território/soberania).	130
3.3.2 Os Campos: zona cinza.....	132
3.3.3 Guantánamo: buraco negro de definições e de vidas	137
3.3.4 Campos para migrantes ou “As águas é que são felizes, não têm que ter visto pra entrar no país”	140
3.4 LIMIAR	144
CONSIDERAÇÕES FINAIS	146
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	149
ANEXO 1.....	162
ANEXO 2.....	164
ANEXO 3.....	165

RESUMO

A constituição do direito é marcada por alguns paradoxos. Neste trabalho discute-se a relação paradoxal entre lei e exceção, ou em outros termos, lei e ausência de lei. Mais do que a separação entre normalidade e exceção, conforme presente na lei constitucional e infra-constitucional, através de mecanismos como estado de sítio e lei marcial, trata-se de pensar tal relação como uma impossibilidade topológica de determinar os limites do direito. E, com isso, há uma indeterminação entre um dentro e um fora do direito. A separação entre interno e externo, e regra e exceção é posta continuamente à prova de maneira o estado de exceção mostra-se não mais como um momento delimitado, mas como o paradigma de governo, conforme escreve Giorgio Agamben, na esteira de Walter Benjamin e Carl Schmitt. A partir desta aporia entre norma e exceção, e a indistinção entre ambas, é possível pensar questões fundamentais para o direito como norma e sua aplicação, lei e força de lei, soberania, o lugar da biopolítica na modernidade e suas conseqüências, como, por exemplo, os campos de internamento. Perceber o direito enquanto atravessado por conflitos e contradições demonstra que as separações estanques (direita-esquerda, público-privado, interno-externo, norma-exceção, amigo-inimigo) estão em um limiar de indistinção onde somente a vida nua é apropriável. Desvelar a origem e funcionamento do direito através de seus conceitos-limite significa jogar luz à formação e aplicação do direito, de maneira a questionar permanentemente os mitos de origem.

Palavras-chave: estado de exceção, soberania, biopolítica, campos de internamento.

ABSTRACT

The constitution of the law is marked by some paradoxes. This dissertation discusses the paradoxical relationship between law and exception, or in other words, law and the absence of law. Besides the separation between normality and exception which is in constitutional and infra-constitutional laws, particularly in mechanisms such as state of siege and martial law, this work aims at thinking that relationship (between law and the absence of law as) a topological impossibility of determining the limits of law. This fact leads to indeterminacy between an inside and an outside of the law. According to Giorgio Agamben in the path of Walter Benjamin and Carl Schmitt, the separation between internal and external, rule and exception is continually put into question showing the state of exception not as a fixed moment, but as paradigm of government. This aporia between norm and exception and the lack of distinction between them highlights fundamental legal issues such as: law and its enforcement, law and the force of law, sovereignty, the place of biopolitical in modernity and its consequences such as the internment camps. Understanding law as interweaved by conflicts and contradictions shows that, dichotomies such as left-right public-private, internal-external, exception-rule, friend and enemy are in a obscure or grey threshold where only bare life is appropriated. Unveiling the origin and operation of law through its concepts-limit means to shed light in its structure and enforcement which puts constantly into question the myths of its origin.

Keywords: State of exception, sovereign, biopolitical, camps of internments.

INTRODUÇÃO

Uma fronteira não é o ponto onde algo termina, mas, como os gregos reconhecem, a fronteira é o ponto a partir do qual *algo começa a se fazer presente*

Heidegger in Bhabha, O Local da Cultura.

O tema da regra e da exceção é tão importante quanto ignorado no direito. Esta relação é vista, em geral, com a ênfase no fato da exceção não colocar em risco o direito e suas regras gerais. Entretanto, a questão é mais complexa, pois envolve além da aplicação, a própria constituição e aplicação do direito. Isto porque se há a exceção no direito, também existe uma exceção ao direito. É para pensar o que ocorre quando o direito é suspenso que a primeira parte deste trabalho trata das exceções (ao) (no) direito.

Assim, este trabalho é um trabalho fronteiro entre a regra e a exceção, o direito e o não-direito, e, por isso as margens, as bordas, as fronteiras e o estranhamento inerradicável destes espaços (desenraizados) são aqui absolutamente significativos, assim como os limites: limites do direito, da cidadania, da política, mas também provenientes de algumas figuras marginais – como os refugiados, os apátridas, os estrangeiros de modo geral – que falam paradoxalmente sobre a nossa ordem. Se a fronteira pode tanto excluir, quanto incluir o que lhe está em contato, a exceção mostra-se em uma situação delicada, em que o dilema é não só se pertence ou não ao direito, mas o que significa tal pertencimento/exclusão.

O desafio inicial na análise da exceção é o de conseguir inscrever no espaço do jurídico um instituto que ao possibilitar a suspensão da ordem – ainda que para defendê-la – mostra as bordas, as fronteiras e os limites desta ordem de maneira a questionar o próprio significado de inclusão e exclusão no direito. Olhando de uma outra maneira a questão, podemos verificar mais uma dificuldade no enfrentamento do tema: o que significa democracia e ditadura para o direito, ou em outros termos, se a exceção pretende proteger os valores constitucionais democráticos, o que significa esta democracia e o que é seu oposto?

Esta dissertação está dividida em três capítulos, e entre cada um deles um “limiar”. Uma escolha que acompanha a estrutura do livro “Homo Sacer” de Giorgio Agamben e tem como objetivo mostrar as deslocalizações do tema, ou em outros termos, servir de um espaço que traz em sua constituição a dificuldade de circunscrever rigidamente o tema. É a sensação

de deslocamento que perpassa os temas aqui estudados que define a forma do trabalho, pois entre os três capítulos, e seus limiares, os temas avançam e recuam, em alguns momentos se põem a correr e em outros esperam pacientemente a vez de se mostrarem. Isto significa que desde o início da feitura desta dissertação a definição das seqüências mostrou-se tão necessária quanto fugidia, de maneira que apesar da divisão em capítulos os assuntos principais perpassam todo o trabalho e não se concentram em um único lugar, ou em um título.

No primeiro capítulo (1) discuto como o Direito Constitucional lidou – e lida - com este paradoxo constitutivo da exceção (no direito), especialmente através das duas figuras que estão presentes nas constituições: o estado de sítio e a lei marcial. Discorro sobre como a exceção se manifesta no direito e como este incorpora formas constitucionais de controle sobre algo que, em tese, seria incontrolável, por exemplo, as situações de crise.

Embora as constituições e as leis infra-constitucionais refiram-se às situações excepcionais estas, mesmo através da linguagem da norma, são incapazes de dar respostas aos dilemas políticos. Um deles, talvez o de maior importância, é quais os tipos de crise que autorizam sua (da situação excepcional) invocação.

A exceção assumiu várias designações na história do direito e do Estado, e por isso o título com que inicio este capítulo: (1.1) todos os nomes: as distintas designações da exceção. No seu desdobramento, sub-item 1.1.1, sublinho os dilemas do estado de exceção, relativamente ao Estado e à exceção. Considerando que a necessidade de suspender, ainda que a título temporário, parte do direito, já podia ser vista no direito Romano, de maneira que faço um excuro sobre a ditadura nesta experiência (1.1.2). Na seqüência, trato dos mecanismos de defesa constitucional mais utilizados, o estado de sítio da tradição da *civil law* (1.1.3), e a lei marcial, da tradição da *common law* (1.1.4). Em oposição a estes mecanismos e, segundo Agamben, mais significativo do que a ditadura romana para a compreensão da exceção moderna é o (1.1.5) *iustitium* e seu questionamento dos limites do direito.

A invocação de alguns exemplos históricos em que houve a utilização dos mecanismos excepcionais serve para apontar as dificuldades não só teóricas, mas principalmente práticas de se lidar com a exceção no direito e sua tendência a se confundir com a normalidade. É neste sentido que trago o debate do (1.2) constitucionalismo bélico sobre as possibilidades de resposta constitucional às situações de crise na experiência estrangeira, especificamente os Estados Unidos da América e a Irlanda do Norte. É interessante pontuar que embora os autores (1.2.1) Bruce Ackerman, Laurence Tribe, Patrick Gudridge e Oren Gross partam de premissas bastante similares, suas respostas são muito distintas, mostrando a complexidade do

tema e como este afeta categorias fundamentais do direito como a legalidade, a democracia e as garantias fundamentais. A reflexão de Ackerman, Tribe e Gudridge parte do fato ocorrido nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001 ao qual se convencionou chamar de “ataques terroristas”. Já Gross, parte dos fatos ocorridos na Irlanda do Norte e, a partir deles, levanta a hipótese acerca de se as respostas às crises violentas devem ser sempre constitucionais (1.2.2). Os autores e os argumentos por eles trazidos enfatizam a (im)possibilidade do constitucionalismo lidar com situações excepcionais.

Tal situação se revela igualmente no direito pátrio. Para tanto (1.3) apresento o momento de formação da República, em que o estado de sítio foi um mecanismo utilizado pelo governo, particularmente pelos presidentes Floriano Peixoto, Prudente de Moraes (1.3.1) e Artur Bernardes (1.3.2), com destaque ao governo deste último pelo uso excessivo da medida na sua intensidade, no seu tempo e espaço. Neste momento ressalto a criação do campo de Clevelândia do Norte, na fronteira com a Guiana francesa. Este espaço (o campo) será revisto no terceiro capítulo, mas aqui já mostra sua ligação intrínseca com o momento excepcional.

Por fim, na passagem deste primeiro capítulo para o segundo há o limiar (1.4), o que ressalta os paradoxos que constituem o Estado e o Direito e se revelam nas circunstâncias de exceção (constitucional) levando à consideração de Agamben de que o estado de exceção é o paradigma da modernidade. Ressalto, ainda, que as considerações deste filósofo italiano sobre o estado de exceção perpassam não só este primeiro capítulo, mas todos os demais que constroem este trabalho.

No segundo capítulo (2), as considerações de Schmitt terão espaço importante, especialmente as que ele faz sobre a exceção – algumas já antecipadas no primeiro capítulo – e seu diálogo com Benjamin sobre a (im)possibilidade de decisão. Ou seja, trata-se menos de pensar a exceção em oposição à regra, do que a exceção como constitutiva e em íntima relação com aquela. Assim, apresento Carl Schmitt como um teórico da exceção (2.1) e, como desdobramento deste item, falo da (2.1.1) decisão soberana. Para melhor compreender o pensamento de Schmitt, trago algumas considerações sobre o estado de necessidade, a revolução, a desobediência e o artigo 48 da Constituição de Weimar que previa a suspensão de alguns direitos em casos excepcionais, sob o título (2.1.2) a exceção e o direito ou o artigo 48 e a constituição.

O estado de exceção traz conseqüências às práticas políticas e jurídicas, as quais geram um novo estado de coisas que as afeta, como também a sua fundamentação teórica. Daí se falar no estado de exceção como paradigma. Entretanto, conforme sugere Agamben em seu

livro “Estado de Exceção” (2004, p. 84), sem a leitura schmittiana da soberania como resposta à crítica benjaminiana da violência, a nossa compreensão do estado de exceção como paradigma da modernidade restaria incompleta ou prejudicada. Neste sentido é que o segundo item deste segundo capítulo (2.2) traz as considerações de Walter Benjamin acerca da sua “Crítica da violência/crítica do poder” e como desdobramento o diálogo dele com Schmitt acerca do que é o vazio (2.2.1) e do drama barroco (2.2.2). Na esteira do diálogo falo das teses sobre a história de Benjamin como uma homenagem apócrifa a Schmitt (2.2.3), e, por fim, da exceção, da regra e de como essa relação se tornou paradigmática para a modernidade (2.2.4).

A relação entre vida e direito na exceção onde não há nem um puro fato e nem um puro direito pode ser retomada a partir da tese de Benjamin, segundo a qual, se o direito tem por finalidade a regulação da vida, tem por pressuposto sua impossibilidade. E é a partir deste descompasso entre vida, direito e soberania que podemos pensar a exceção. E qual o significado desta mera vida e como ela é incluída na política e no direito é um dos pontos que nos leva a pensar a noção de soberania como um lugar de indistinção entre o interno e o externo, na medida em que marca a recepção e o controle da vida biológica. No item (2.3) discuto o *homo sacer* e a soberania ou a soberania excluída de si mesma. A figura do bando ou dos fora-e-dentro da lei (2.3.1) é imprescindível para pensar a soberania ao representar justamente o abandono, o que não é somente estar fora da lei, mas ser abandonado por ela. Por fim, trago a parábola de Kafka “Diante da lei”, (2.3.2) na qual se pode vislumbrar a posição de bando soberano, como também da própria exceção. Deste segundo capítulo ao terceiro há outro limiar (2.4).

No terceiro (3), e derradeiro, capítulo discuto a biopolítica enquanto referencial político da modernidade, bem como o espaço no qual se concretiza, os campos. Para tanto inicio com o poder em Foucault (3.1), seu exercício, especialmente nos mecanismos disciplinar e biopolítico. (3.1.1). Nos diferentes contextos em que é exercido, o poder disciplinar traz algo em comum que é o espaço específico para seu exercício: o panóptico (3.1.2) ou a possibilidade de tudo ver.

Na sequência trato do poder biopolítico e do seu espaço de funcionamento (o campo) (3.2). Agamben retoma a questão da biopolítica de Foucault, para fundamentar sua teoria da soberania e suas concepções acerca do estado de exceção, embora a compreenda de uma forma mais ampla e, por isso, traço algumas diferenças entre os dois autores (3.2.1). Uma consequência importante da biopolítica para Agamben é o surgimento dos direitos humanos e as suas declarações e a dificuldade da fundamentação daqueles (3.2.2). A crítica de Agamben aos direitos humanos destaca a diferenciação entre inclusão-exclusiva e exclusão-inclusiva e,

de maneira mais “direta”, daqueles que se colocam neste lugar: o estrangeiro, o refugiado, o apátrida, o migrante. Estes que mostram sua face enquanto vida nua e que, desterritorializados, “habitam” os campos (3.2.3), os quais são os exemplos mais extremos de como o homem pode ser condicionado e morto em vida.

É sobre os campos (3.3), seja enquanto espaços que representam a (e existem na) falência da tríade fundamental (nascimento/território/soberania) (3.3.1), ou ainda, como zona cinza, da qual Primo Levi aponta a impossibilidade de aplicação da ética e do direito normais (3.3.2). Assim, é Guantánamo um campo onde há um esvaziamento de todas as definições legais (3.3.3). Para encerrar o capítulo trago algumas questões sobre os campos enquanto único espaço de recepção aos estrangeiros, ou ao menos a alguns tipos de estrangeiros (3.3.4).

Na passagem deste capítulo para as considerações finais há um outro limiar (3.4). O que este tempo e espaço (de uma dissertação de mestrado) tem a dizer, em tantas vozes quanta as existentes depois da queda de Babel, é que se acomodar em categorias jurídicas e políticas dadas, sem questioná-las a exaustão, implica em compactuar com uma máquina que avança incessantemente rumo a vida nua. É a partir da exceção como regra que devemos duvidar dos significados prontos de soberania, cidadania, direito, lei, aplicabilidade e campos. Aqui já antecipo de uma maneira ampla as considerações finais desta dissertação.

CAPÍTULO 1

SUSPENSÕES DE DIREITOS E A SUSPENSÃO DO DIREITO

(...)

ESTRAGON: E não temos mais direitos?

VLADIMIR: Você me faria rir, se isso me fosse permitido.

ESTRAGON: Nós os perdemos?

VLADIMIR: Nós os jogamos fora.

Samuel Beckett, Esperando Godot.

“Esperando Godot” é uma obra pertencente ao chamado teatro do absurdo. A ligação entre este absurdo (ou não tão absurdo assim) com um trabalho de direito está na necessidade de pensar o que significa perder direitos, ou os jogar fora, na linguagem de Vladimir. É para pensar o que ocorre quando o direito é suspenso que este trabalho trata das exceções (ao) (no) direito. De maneira a melhor circunscrever o tema devo advertir que embora não haja uma diferença substancial entre pensar a exceção a uma determinada regra de direito ou ao direito como um todo¹, é a segunda – exceção ao direito - o objeto desta pesquisa. Nesta perspectiva, também discutirei a exceção no direito, a qual ocorre em alguns casos em que a existência de uma situação fática extrema – como por exemplo, guerras, rebeliões internas, entre outras – exige uma resposta que não pode ser dada pelo direito *normal*, e com isso suspendem-se alguns direitos ou até mesmo todo o direito. Ou seja, a exceção no direito ou exceção constitucional é um tema paradoxal já em sua enunciação, pois possibilita – ou em algumas situações exige – a suspensão da norma constitucional em nome da defesa da mesma, frente a uma situação de crise. Para a afirmação dos princípios democráticos usam-se expedientes que

¹ A exceção a uma regra jurídica é assumida pela teoria do direito - desde o positivismo de Kelsen e Hart até as teorias jurídicas mais recentes que enfatizam a centralidade do papel dos princípios - como forma de manutenção do próprio direito, que de outra maneira seria tão engessado que se reduziria a pó na primeira situação em que a regra não estivesse textualmente prevista. Neste sentido o papel dos princípios no direito tornou-se fundamental por seu caráter mais aberto em relação às regras jurídicas ao possibilitar um sistema jurídico aberto que comporta este tipo de exceção (à regra). Já a exceção ao próprio direito, como ficará mais claro no decorrer do trabalho, não é um tema específico da teoria do direito, mas também da filosofia do direito, da filosofia política e do direito constitucional pois o que está em jogo não é a aplicação de uma regra a uma situação que escapa da previsão legal, - embora esta questão também se coloque- mas sim a possibilidade mesma de existência do próprio direito.

limitam justamente o que costuma definir uma democracia, o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

A dificuldade da análise da exceção no direito existe não só pela dificuldade de teorizar sobre o que o suspende, mas o desafio inicial é justamente de conseguir inscrever no espaço do jurídico um instituto que ao possibilitar a suspensão da ordem – ainda que para defendê-la – mostra as bordas, as fronteiras e os limites desta ordem, e, portanto, ultrapassa a teorização jurídica para inscrever-se no âmbito da filosofia. Se a fronteira pode tanto excluir, quanto incluir o que lhe está em contato, a exceção mostra-se como uma situação delicada, em que o dilema é não só se pertence ou não ao direito, mas o que significa tal pertencimento/exclusão.

Olhando de uma maneira mais ampla a questão, podemos verificar mais uma dificuldade no enfrentamento do tema: o que significa democracia e ditadura para o direito, ou em outros termos, se a exceção pretende proteger os valores constitucionais democráticos, o que significa esta democracia e o que é seu oposto? Esta é uma questão cujo enfrentamento permite, novamente, visualizarmos os limites e possibilidades do direito em relação à construção da democracia.

Neste capítulo (1) discuto como o Direito Constitucional lidou – e lida - com este paradoxo constitutivo da exceção (no direito), especialmente através das duas figuras que estão presentes nas constituições: o estado de sítio e a lei marcial². De maneira a discorrer sobre como a exceção se manifestam no direito e como este incorpora formas constitucionais de controle sobre algo que, em tese, seria incontrollável como, por exemplo, as situações de crise.

Embora as constituições e as leis infra-constitucionais refiram-se às situações excepcionais estas, mesmo através da linguagem da norma, são incapazes de dar algumas respostas aos dilemas políticos. Um deles, talvez o de maior importância, é quais os tipos de crise que autorizam sua (da situação excepcional) invocação. Se há um consenso de que a invocação da exceção pelo direito só deve ocorrer em face de graves crises, não há como normatizar exaustivamente quais seriam estas graves crises. Mas a dificuldade é ainda maior na medida em que o próprio termo (crise) engendra dificuldades. Embora tal termo tenha se tornado um lugar comum em diversas esferas como a política, a economia, o direito, a cultura,

² Todas as referências aos mecanismos do estado de sítio e lei marcial serão, a partir de agora, respectivamente feitas através da sigla ES e LM. Na discussão destes institutos ou mecanismos me valerei das teorias de Clinton Rossiter, que em 1948 escreveu – sob o impacto direto da Segunda Guerra Mundial e de como os acontecimentos políticos influenciam o direito – o livro “Ditadura Constitucional”, no qual analisa a situação excepcional no direito utilizando-se de vários exemplos históricos.

etc, a crise não se trata de algo ruim ou necessariamente danoso. Adauto Novaes, coordenador de dois ciclos de conferências que tiveram crise em seu título, “A Crise da Razão” e “Crise do Estado”, e no prólogo do primeiro ele tece alguns comentários sobre o significado da crise, e sobre seus questionamentos e potencialidades. Neste sentido:“(…) crise e razão têm um só e mesmo destino: se formos à origem do vocábulo, vemos que a palavra *crise* deriva do grego *krisis*, que quer dizer ‘julgamento’, ‘decisão’, ‘capacidade de julgar’; o *logos* grego (ou a *ratio* latina) também quer dizer “julgar”, “faculdade de pensar”, e *pensar*, como todos sabem, é ‘pesar’, ‘decidir’. Crise e razão já nasceram de mãos dadas” (NOVAES, 1996, p. 12). Ou seja, a crise que permite a invocação de mecanismos constitucionais é o reverso da crise que permite a mutação dos ordenamentos jurídicos de maneira a se adaptarem aos conflitos atuais das sociedades nas quais estão inseridos, isto é, uma não pode ser vista como isolada da outra. A exceção assumiu várias designações na história do direito e do Estado. Daí o título com que inicio este capítulo: (1.1) todos os nomes: as distintas designações da exceção. No sub-item 1.1.1 sublinho os dilemas do estado de exceção, relativamente ao Estado e à exceção. Considerando que necessidade de suspender, ainda que a título temporário, parte do direito já podia ser vista no direito Romano faço um excuro sobre a ditadura nesta experiência (1.1.2). Na sequência, trato dos mecanismos de defesa constitucional, o ES da tradição da *civil law* (1.1.3), e a LM, da tradição da *common law* (1.1.4). Em oposição a estes mecanismos e para Giorgio Agamben mais significativo do que a ditadura romana para a compreensão da exceção moderna é o (1.1.5) *iustitium* e seu questionamento dos limites do direito.

A invocação de alguns exemplos históricos em que houve a utilização dos mecanismos excepcionais serve para apontar as dificuldades não só teóricas, mas principalmente práticas de se lidar com a exceção no direito e sua tendência a se confundir com a normalidade. É neste sentido que trago o debate do (1.2) constitucionalismo bélico sobre as possibilidades de resposta constitucional às situações de crise na experiência estrangeira, especificamente EUA e Irlanda do Norte. É interessante pontuar que embora os autores (1.2.1) Bruce Ackerman, Laurence Tribe, Patrick Gudridge e Oren Gross partam de premissas bastante similares, suas respostas são muito distintas, mostrando a complexidade do tema e como este afeta categorias fundamentais do direito como a legalidade, a democracia e as garantias fundamentais. A reflexão de Ackerman, Tribe e Gudridge parte do fato ocorrido nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001 o qual se convencionou chamar de “ataques terroristas”. Já Gross, parte de fatos ocorridos na Irlanda do Norte e, a partir deles, levanta a hipótese acerca de se as respostas às crises violentas devem ser sempre constitucionais (1.2.2) Os autores e os argumentos por eles trazidos enfatizam a (im)possibilidade do constitucionalismo lidar com

situações excepcionais. Tal situação se revela igualmente no direito pátrio. Para tanto (1.3) apresento os momentos da história constitucional brasileira, em que o ES foi um mecanismo utilizado pelo governo, particularmente pelos presidentes Floriano Peixoto, Prudente de Morais (1.3.1) e Artur Bernardes (1.3.2), com destaque ao governo deste último pela abusividade da medida na sua intensidade, no seu tempo e espaço. Por fim, na passagem deste primeiro capítulo para o segundo há o que chamei de limiar (1.4), o que ressalta os paradoxos que constituem o Estado e o Direito e se revelam nas circunstâncias de exceção (constitucional) levando à consideração de Giorgio Agamben de que o estado de exceção é o paradigma da modernidade. Ressalto, ainda, que as considerações do filósofo italiano Giorgio Agamben sobre o estado de exceção perpassam não só este primeiro capítulo, mas todos os demais que constroem este trabalho.

1.1 TODOS OS NOMES: AS DISTINTAS DESIGNAÇÕES DA EXCEÇÃO

1.1.1 Dilemas do estado de exceção: Estado (de Direito) e exceção

Primeiramente convém advertir acerca da importância da categoria utilizada, já que é possível encontrarmos estado de exceção tanto em termos de exceção constitucional, isto é, ES (efetivo e fictício)³, decretos de urgência⁴, LM⁵, estado de necessidade⁶, emergências constitucionais, governo de crise, entre outros, como também para designar a exceção enquanto paradigma de governo⁷. Embora todos os termos designem, grosso modo, algum

³ Este mecanismo é proveniente da tradição francesa e foi originado nos momentos posteriores à Revolução Francesa. É um mecanismo previsto na constituição, o qual não representa uma separação entre o momento normal e o excepcional como a que, conforme veremos, caracteriza o estado de exceção em que há a suspensão do direito. Assim, se no ES deve existir uma decretação, no estado de exceção tal hipótese é paradoxal com o funcionamento do que Agamben entende pelo termo (estado de exceção). Ver AGAMBEN, 2007a.

⁴ Os decretos de urgência em geral são utilizados em momento de exceção, mas não podem, por si só, serem confundidos com ela. Os decretos de urgência colocam em questão a separação de poderes e o papel da lei nas modernas democracias, pois são utilizados quando há alguma situação relevante e de urgência e são promulgados pelo poder executivo. Aqui um dos aspectos mais relevante é o que concerne à força de lei, o que será tratado mais adiante neste trabalho.

⁵ A LM também é uma hipótese constitucional de resposta à situações de crise. É mais antiga do que o ES e está presente no ordenamento constitucional de países com tradição da *common law*. Mais a frente este mecanismo será apresentado, inclusive com as diferenças em relação ao ES.

⁶ O estado de necessidade é bastante invocado para explicar a situação excepcional, e de fato ambos apresentam muitas analogias, como a de serem situações que tangenciam o político e o jurídico, de forma que estão em dois lugares e em nenhum. Em alemão a ligação é mais evidente, pois a doutrina alemã usa *Notstand*, o qual significa estado de necessidade, como sinônimo de *Ausnahmestand*, literalmente “estado de exceção” (AGAMBEN, 2007a, p. 15). No próximo capítulo esta questão será retomada para apontar com mais vagar as semelhanças e distinções entre ambos.

⁷ Giorgio Agamben desenvolve o conceito de estado de exceção como paradigma de governo a partir de das considerações de Walter Benjamin e Carl Schmitt. Como tradutor para o italiano de Benjamin, Agamben teve

tipo de exceção no direito ou até mesmo a suspensão do direito, alguns termos parecem não ser adequados por trazer somente um aspecto da questão, como por exemplo, “estado de necessidade”, o qual será discutido no segundo capítulo. Neste capítulo tratarei mais especificamente do ES e LM como instrumentos específicos, ou seja, diferentes formas jurídicas, vinculadas a tradições jurídicas distintas (*common law* e *civil law*), de lidar com uma situação excepcional.

Quando se tratar de aspectos genéricos da defesa constitucional podem ser utilizadas as palavras exceção, suspensão de direitos, momento excepcional como sinônimos de uma situação na qual as regras ordinárias não se aplicam e há necessidade de invocar regras específicas para combater uma situação de crise⁸ e ameaça⁹ à democracia e ao Estado de Direito. Só será utilizado “estado de exceção” no sentido dado por Agamben (2007 a, p. 39 e 2007b, p. 61), qual seja, o da exceção tornada modernidade política que inaugura um espaço vazio: “O estado de exceção não é uma ditadura (constitucional, inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas- e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas” (AGAMBEN, 2007a, p. 78). É precisamente a diferenciação entre o que Agamben nomeia como estado de exceção, e os mecanismos previstos constitucionalmente que deve ser marcada. Pois enquanto o primeiro nomeia uma realidade que está no direito, mas não se limita a ele, o segundo tenta incluir no direito o que lhe escapa. Mas para além desta diferença, o que Agamben (2007 a, p. 79) ressalta sobre a exceção é que esta não é simplesmente o acúmulo de poder, feito de forma ditatorial, mas traz em seu bojo um vazio. Vazio este que traz a indistinção entre fatos e normas, entre a vida e o direito e nesta

acesso privilegiado à sua obra. Das considerações benjaminianas, interessa neste trabalho especificamente a tese VIII da história na qual escreve que o “estado de exceção no qual vivemos é a regra geral”. De Schmitt, Agamben estuda a questão da exceção no direito ou como direito, do soberano como o que decide sobre o estado de exceção. Ainda, Agamben estuda a relação entre as considerações de Schmitt e Benjamin sobre a exceção, a qual será apresentada no segundo capítulo desta dissertação. Ver AGAMBEN (2007a e 2007b), como também BENJAMIN (1986a, 1986b) e SCHMITT (1968 e 1988)

⁸ As possibilidades de crises são várias: pode ser por um acontecimento natural, político, econômico. Cada país deve fazer a distinção dos tipos de crise que são passíveis de serem solucionadas mediante uso de legislação excepcional, assim como, se possível diferenciar as medidas possíveis em cada situação. Ackerman lembra que quanto mais especificado o tipo de crise, maior o controle contra abuso de poder ao recorrer ao uso excepcional, isto porque a forma institucional de lidar com uma enchente, ainda que catastrófica, será distinta da maneira de lidar com uma insurgência civil. (ACKERMAN, 2004).

⁹ Acerca do que se entende por ameaça – apta a engendrar o uso de poderes extraordinários – Canotilho aponta as dificuldades de lidar com conceitos como “grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional” (como está expresso na Constituição portuguesa de 1976 como possibilidade de declaração de ES e de emergência): “Interessa, por isso, fazer um esforço de densificação do conceito em referência. Os elementos a considerar são fundamentalmente dois. Em primeiro lugar, o objecto de protecção é a *ordem constitucional democrática* e não qualquer apriorística e monolítica ‘ordem pública’ ou ‘segurança pública definida a nível infraconstitucional. Não se trata, pois, de defender uma ‘ordem do Estado’, mas sim uma ordem constitucional, isto é, a ordem jurídica normativamente conformada pela Constituição (...)” (CANOTILHO, 2002, p. 1086).

indistinção a vida passa a ser o único referencial. Para Agamben na indistinção está sempre presente a impossibilidade de ver um *dentro* claramente separado de um *fora*. O estado de exceção é esta fita de Moebius¹⁰ que não se deixa desvelar, não se mostra apreensível, que questiona o direito com sua inclusão da vida, e erige a biopolítica como única norma aplicável. Se a biopolítica é aplicável, é justamente porque captura a vida e a inclui nos mecanismos de poder. Antecipo categorias que só trarei no próximo capítulo para marcar que o que Agamben nomeia como estado de exceção não se diferencia dos mecanismos constitucionais de resposta às crises por sua intensidade, ou maior utilização, mas porque questiona o próprio local do direito e sua relação com a vida, além da própria possibilidade da política.

A exceção no direito é uma figura paradoxal, pois ao mesmo tempo em que suspende parte da ordem jurídica constituída – na medida em que algumas normas constitucionais e infra-constitucionais deixam de ser aplicadas - o faz em prol da defesa desta mesma ordem. É como se fosse um contra-fogo, em que se queima uma área para melhor dominar os efeitos do fogo, que de outra maneira traria o risco concreto de se tornar incontrolável. Apesar dos termos conflitantes trazidos em seu bojo, a exceção não pode ser vista apenas como um ato de força em direção a uma ditadura, isto porque a suspensão parcial da ordem jurídica deve ter por finalidade sua própria garantia. Ademais, a exceção só pode existir no Estado de Direito, pois só tem sentido falar em reforço dos poderes quando estes são limitados.

Carlo Baldi trata da questão da ligação entre momento excepcional e Estado de Direito de forma similar: “A aplicação integral dos princípios do ‘Estado de direito’ ao Estado de Sítio só será possível se a estrutura do Estado for sólida” (BALDI in BOBBIO, 1995, p. 414). Neste sentido – de desvinculação do período excepcional – Clinton ROSSITER (1963, p. 4) vai mais longe ao nomear a situação como “ditadura constitucional”, embora alerte que o termo ditadura não deveria assustar o cidadão, pois é até mesmo redundante com o constitucionalismo, na medida em que o reforço de poder só tem sentido em uma república constitucional. O grande desafio é como em um Estado de Direito podem ser usadas medidas excepcionais¹¹, sem abrir mão das características daquele. Isto, pois, tais mecanismos ou

¹⁰ Agamben utiliza-se de maneira ampla de imagens que trazem a idéia de indistinção. A fita de Moebius é uma fita na qual através de uma pequena torção o dentro e o fora de indeterminam, assim como o começo e o fim. Ou seja, ao se olhar a fita não se sabe qual é a parte interior ou a exterior da mesma. Esta figura desconcertante foi retratada pelo pintor Maurits Cornelis Escher, pintor que tinha grande interesse em figuras que desafiassem os padrões comuns, pois suas pinturas produziam ilusão de ótica de maneira a causar constante surpresa e deslocamento.

¹¹ Não obstante ser esta a postura adotada pela Teoria Constitucional tradicional, a qual será exposta neste capítulo, não posso deixar de fazer algumas ressalvas. Primeiramente sobre qual o tipo de defesa que se pretende, ou melhor, defesa contra o que. Isto porque se de um lado há uma rebelião que ameaça o prosseguimento do estado constitucional, de outro, pode ser visualizada uma revolução que pretende acabar com

medidas excepcionais podem ser considerados como ditatoriais, pois promovem, ainda que por tempo certo, restrição de direitos, concentração de poder e restrição na divulgação de algumas informações.

Agamben definiu bem a situação de estranhamento que a exceção provoca no direito ao iniciar seu livro “Estado de Exceção” com a observação de que não obstante a famosa assertiva de Carl Schmitt de que “o soberano é quem decide sobre o estado de exceção”, ainda falta uma teoria do estado de exceção no direito público (AGAMBEN, 2007a, p. 11). Isso ocorre principalmente porque esta categoria tende a ser compreendida como exclusivamente política e, portanto, fora do direito.

A ligação das medidas excepcionais com o Estado de Direito é de estranhamento, mas também de pertencimento. Isto porque a exceção mostra a insuficiência da lei – a qual não consegue prever todos os casos – e, ainda que por certo período, suspende aspectos que foram conquistas das revoluções liberais: a separação de poderes, os direitos e garantias individuais, a previsibilidade conferida pela lei. De outro lado, a exceção está incluída na lógica da legalidade, pois é prevista pelo ordenamento constitucional¹².

A despeito das divergências sobre a exceção no direito, um dos pontos em que parece haver concordância é sobre ser um conceito-limite, haja vista expressar o modelo em que parte da ordem jurídica não mais se aplica por seguir as próprias normas presentes no direito a permitir a sua suspensão parcial.

A necessidade de suspender, ainda que a título temporário, parte do direito já podia ser vista no direito Romano. Sem qualquer propósito de uma história evolutiva, como se os institutos que hoje temos viessem diretamente do direito romano, parece-me relevante analisar (1.1.2) a ditadura no Direito Romano e suas condições para lidar com as crises institucionais, bem como a sua influência no sistema constitucional democrático contemporâneo.

um determinado estado de coisas, considerado opressivo. Isto fica claro na Declaração de Independência norte-americana (1776) em que são estabelecidos direitos inalienáveis e o direito de abolir o governo e estabelecer outro se aquele prejudica a população (agindo contrariamente à função própria do governo). Também no período neo-colonial a questão mostrou-se de forma cristalina, pois de um lado havia uma colônia que pretendia subverter uma ordem jurídico-social que lhe oprimia, e de outro o colonizador que se considerava no direito de manter a ordem, e com isso considerar as tentativas de supressão do sistema como exceções. O que quero marcar com isso, é que nem sempre a tentativa de supressão da ordem, por mais que possa ser considerada excepcional, têm as mesmas características. Especialmente porque em determinadas situações subverter a ordem pode significar a liberdade de um povo.

¹² Embora nem todos os sistemas constitucionais tragam expressas considerações sobre medidas excepcionais de enfrentamento de crises, em geral, por sua importância, tais medidas são previstas constitucionalmente. Especialmente dentre os países com tradição, ou influenciados pela tradição da Europa continental.

1.1.2 Excurso: a ditadura no Direito Romano

Procurar no Direito Romano a base do que se entende por medidas excepcionais constitucionais pode parecer apelar para uma história evolutiva e em continuidade. Esta é uma tarefa arriscada, principalmente porque o que é nomeado por Direito Romano é um conjunto não uniforme de preceitos existentes nos diversos períodos¹³ da existência de Roma. Assim, não é possível acreditar que a organização ou os institutos existentes em determinado período represente uma visão unívoca. Reforço esta advertência pela dificuldade de acesso aos escritos originais romanos, pois no período medieval houve uma série de estudos que fez com que fossem acrescidos aos textos glosas, e com isso dificultasse imensamente a interpretação do texto original, ao invés de uma meta-interpretação.

Todavia, com todas as ressalvas acima feitas, é necessário fazer este retrocesso para compreendermos em que medida a *ditadura* romana é, ou não, um exemplo de mecanismo excepcional. Até porque se nosso direito tem em sua matriz romana em sua origem, não se pode excluir as influências que este pensamento representa na configuração de nosso direito moderno.

Para Jorge Bacelar Gouveia e Clinton Rossiter (1963, p. 15) a mais significativa¹⁴ figura de exceção do período romano foi a ditadura, a qual foi estruturada na fase republicana. Já para AGAMBEN (2007a, p. 67) o instituto que de certa forma pode ser considerado como arquétipo do moderno estado de exceção é o *iustitium*, igualmente presente na fase republicana. Em Rossiter, é possível visualizar uma espécie de “consagração à sabedoria dos romanos” e uma visão da história em continuidade: “A asserção que a ditadura constitucional sempre foi um acessório indispensável ao governo constitucional encontra uma demonstração convincente na heróica história da Roma republicana”¹⁵ (ROSSITER, 1963, p. 15).

De acordo com o autor (ROSSITER, 1963, p. 17) não se sabe exatamente a origem política e histórica¹⁶ da ditadura romana, pois alguns consideram que era parte da constituição da república, feita em 509 a.C., e que teria sido utilizada dez anos depois. Mas também há a outra teoria, a qual considera que a ditadura foi um produto final da constituição e só foi

¹³ A civilização romana iniciou-se através de uma monarquia que vigorou até 509 a.C., posteriormente foi sucedida pela república, e esta pelo dominado e depois pelo império.

¹⁴ A forma de enfrentamento de crises era plural e, ademais, casuística, além da ditadura o autor apresenta também outras figuras excepcionais: os *decenviri legibus scribundis*, os *tribuni militum consulari potestate*, o *legibus solver* e o *senatus consultum ultimum* (esta a figura analisada por Agamben sob o nome de *iustitium*).

¹⁵ Tadução livre do trecho: “The assertion that constitutional dictatorship has always been an indispensable accessory to constitutional government finds convincing demonstration in the heroic history of republican Rome”

¹⁶ Por política ele entende a construção do instituto, e por história a efetiva utilização do mesmo.

instituída com a *lex de dictatore creando*. O ponto em consenso é que o mecanismo é remanescente do sistema monárquico e foi influenciado por práticas análogas em outras cidades italianas.

Tal como a discussão sobre a origem do mecanismo, não se sabe ao certo como se deu a primeira utilização. A circunstância de defesa do estado de uma situação que poderia levá-lo à extinção pode ser o caso que fez surgí-lo, mas não se explicita exatamente o que teria ocorrido, e se de fato a ameaça era desta importância.

Sobre a ditadura, o *dictator* correspondia a uma espécie de magistratura – mais especificamente uma magistratura extraordinária¹⁷ – e tinha duas premissas básicas: i- duração limitada; ii- excepcionalidade, pois era utilizada somente para enfrentar situações de anormalidade (GOUVEIA, 1999, p. 118). A ditadura começou a ser utilizada para fazer frente aos perigos externos da República, todavia logo passou a ser utilizado também em conflitos internos, (GOUVEIA, 1999, p.122), e isto, como veremos a seguir, é de extrema relevância no estudo das situações excepcionais.

Para a decretação havia requisitos tanto procedimentais quanto de conteúdo. Os poderes do ditador eram bastante amplos e eram aplicados tanto à administração civil quanto à militar. Todavia, os poderes não podiam ser considerados absolutos pela existência de três tipos de limitações: temporal, funcional e teleológico. Quanto ao primeiro tipo de limitação, considerava-se que o período máximo seria de seis meses e findo este tempo a ditadura cessava automaticamente, mesmo se continuasse o motivo que havia dado origem à ditadura. Um novo período só poderia ser declarado com a repetição do procedimento de instauração. A segunda limitação, a limitação funcional ocorria pela presença do *magister equitum*, o qual nomeado pelo ditador, comandava uma força de cavalaria e era seu delegado. Entretanto, esta era uma limitação bastante frágil, especialmente se comparada com a existente em tempo de normalidade. Por fim, a limitação teleológica era a verificação das medidas tomadas em tempo da ditadura com as finalidades de defesa da ordem institucional romana (GOUVEIA, 1999, p. 122-128). Além disso, MOMMSEN (s/d, p. 315) aponta que o ditador não poderia indicar seu sucessor, o que era uma diferença em relação ao poder real¹⁸.

Embora o *iustitium* também seja um mecanismo presente no direito romano, dele falarei adiante, conforme Agamben, a partir da monografia de Adolphe Nissen, como paradigma do estado de exceção moderno.

¹⁷ E por isso a escolha do dictator não passava pela comunidade, mas dependia de um dos dois cônsules que estivesse na função no momento extraordinário. MOMMSEN, s/d, p. 314.

¹⁸ Sobre uma divisão da ditadura em períodos ver o anexo 1 com a exposição feita por Carl Schmitt na obra “A Ditadura”. SCHMITT, 1968, p. 265.

Assim, passo, agora, a analisar os dois mecanismos modernos utilizados em situações excepcionais: a LM e o ES. Cada um está vinculado à uma tradição jurídica distinta e por isso seu funcionamento varia em aspectos relevantes como o procedimento de decretação e responsabilidade do governante, além da amplitude dos poderes excepcionais. Analiso, inicialmente, (1.1.3) o ES como resposta às situações de crise dada pelo ordenamento francês e que em seguida torna-se a grande influência para os ordenamentos continentais lidarem com a exceção.

1.1.3 Estado de Sítio

O ES tem sua origem na tradição francesa e está fundado no princípio da legalidade (ROSSITER, 1963, p. 79; TAVARES, 2008, p. 52), tendo por pressuposto o fato de ser regulado pelo Parlamento e com isso ser previsto em lei, normalmente constitucional, ao contrário da tradição da *common law*.

Segundo Carlo Baldi no verbete “Estado de Sítio” do Dicionário de Política (in: BOBBIO, 1995, p. 412) o vocábulo é em geral utilizado para designar: “um regime jurídico excepcional a que uma comunidade territorial é temporariamente sujeita, em razão de uma situação de perigo para a ordem pública, criado por determinação da autoridade estatal ao atribuir poderes extraordinários às autoridades públicas e ao estabelecer as adequadas restrições às liberdades dos cidadãos”. Pela definição acima há alguns pontos obscuros como: i. a utilização do termo *comunidade territorial* e não *comunidade política*, pois se a definição espaço-temporal é intrínseca à utilização deste expediente jurídico, não é em qualquer comunidade territorial que se justifica a utilização; ii. o termo *situação de perigo* que ameace a ordem pública. Em geral não há uma definição das situações que podem ser assim consideradas, mas somente a exemplificação. De forma que podem ser tanto situações políticas (guerra, rebelião, etc) quanto naturais (terremotos, tornados) ou econômicas. Mas, talvez, o ponto mais controvertido seja o que se entende por *adequadas restrições às liberdades dos cidadãos*, pois o conceito de adequação é naturalmente fluido, e quando se trata de situações limites mostra-se ainda mais incerto.

Baldi considera a divisão do ES em dois tipos: o ES civil e o ES bélico, sendo que o primeiro ocorreria quando o motivo que lhe dá causa é interno e o segundo quando há uma guerra externa. De certa maneira esta divisão é fundada na própria origem do mecanismo, o qual surgiu como uma forma de poder militar, mas logo passou a ter conteúdo marcadamente político. Daí a distinção entre o *état de siège militaire* ou *effectif* e o *état de siège fictif* ou

politique, ou, respectivamente: ES militar ou real de um lado, e, de outro, ES fictício ou político. Este ponto é de fundamental importância, pois mostra a tendência de alargamento das possibilidades de utilização do ES que, em sua caracterização é pautado pela excepcionalidade no sentido de que só pode ser utilizado em situações-limite.

Antes de diferenciar os dois usos do ES cabe ressaltar que ambos surgiram a partir da Revolução Francesa^{19 20}, ou seja, o ES não é vinculado a uma tradição absolutista ou ditatorial, mas democrática. Este ponto é extremamente relevante, pois permite estabelecer que a democracia está ligada em sua constituição com elementos que lhe seriam contrários – aqui penso especialmente o fortalecimento dos poderes governamentais.

O ES militar, o primeiro a ser criado no ordenamento jurídico francês, começou a ser regulado pelo decreto de 8 de julho de 1791 (GOUVEIA, 1999, p. 189) com a finalidade de organização das praças de guerra e dos postos militares. ES era um estado ao lado do estado de guerra e estado de paz, sendo mais gravoso do que aquele, pois enquanto no estado de guerra não havia o desaparecimento de autoridades civis, no ES havia a extinção do poder civil que passava para o poder militar, e a região sitiada deixava de se comunicar com o exterior (GOUVEIA, 1999, p.190).

O ES político aparece também nos momentos posteriores à Revolução. A primeira situação que provocou sua decretação ocorreu em 1797, após a tentativa de golpe de 4 de Setembro deste ano com uma lei aprovada no dia seguinte. Conforme Gouveia (1999, p. 192): “a adoção de regime excepcional pela autoridade militar, em substituição da autoridade civil, em lugares sem qualquer perturbação política militar, mas simplesmente por medidas de prevenção, descolando da realidade que até então tinha acompanhado – aplicava-se territorialmente à outros locais que não praças fortes e podia ser declarado mesmo não havendo outras situações de assédio”. Rossiter também considera este o momento decisivo do

¹⁹ Embora não seja possível neste momento desenvolvermos adequadamente esta tese, a ligação entre a exceção e a revolução pode ser vista de duas formas: uma como Marx apresenta (1997), ou seja, como um paradoxo (a interpretação como paradoxo é minha, pois na exposição marxiana há uma afirmação do caráter insuficiente do constitucionalismo, assim como de outras construções burguesas enquanto mascaram a verdadeira luta), pois no momento em que a república surge, com a constituição, surgem também medidas para limitar a constituição; a segunda possibilidade interpretativa é considerar a exceção como um momento de possibilidades, e com isso diretamente ligado à revolução. Neste sentido Negri com a sua construção acerca das possibilidades do poder constituinte (2002); lembrar que mesmo a distinção entre poder constituinte e poder constituído é construída neste momento pela alusão ao Terceiro Estado feita por Sieyès. Em um sentido um pouco diverso podemos encontrar esta idéia em Benjamin através do messianismo. Não só na VIII tese da história (1986) ele propõe a “construção de um estado de exceção efetivo”, como também na “Crítica à Violência/Crítica do Poder” (1971) ele pensa em uma violência pura/divina que romperia a relação meios e fins e com isso possibilitaria um novo direito, assunto que será apresentado no segundo capítulo. Sobre o tema também CHUEIRI, “Agamben e Derrida: a escrita da lei (sem forma)”. No prelo.

²⁰ AGAMBEN (2007a, p. 16): “(...) é importante não esquecer que o estado de exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista”.

desenvolvimento do ES real para o fictício, embora traga outra data – 27 de Agosto de 1797, estabelecendo o que ele chama de “dicotomia entre os dois estados de sítio” (1963, p. 81).

O segundo episódio fundamental deu-se com o decreto napoleônico de 24 de dezembro de 1811. Este decreto ocorreu na conjuntura de preparação militar para a campanha na Rússia e retoma a distinção entre estado de paz, de guerra e de sítio; todavia mesmo não havendo nenhuma declaração de guerra permitia um direito excepcional (GOUVEIA, 1999, p. 192). Segundo Agamben (2007a, p. 15) este decreto “previa a possibilidade de um ES que podia ser declarado pelo imperador, independentemente da situação efetiva de uma cidade sitiada ou diretamente ameaçada pelas forças inimigas”. O que Agamben nos aponta com a distinção entre ES efetivo e ES político, é que cada vez mais, o ES desvinculou-se de um momento de guerra para se instalar em uma circunstância de relativa normalidade.

Para além das questões históricas do surgimento do ES podemos perceber algumas questões fundamentais para o direito: i) a interpretação baseada no conceito de defesa da ordem e a questão da legalidade, assim como, ii) a divisão de funções em um Estado Constitucional.

Sobre a interpretação, em nome da defesa desta ordem, em 06 de julho de 1792 Condorcet²¹ defendeu a existência de medidas para salvar a pátria, sem violação à constituição, o que poderia ser feito através da interpretação do texto motivada por sua finalidade, qual seja, a conservação dos direitos. Com isso desqualifica o que considera “interpretações estritas da lei”, de forma que interpretar rigorosamente seria “caluniar a lei e não respeitá-la”, ou seja, logo depois de uma revolução na qual um dos clamores era o estabelecimento de leis para combater a discricionariedade, propõe-se interpretar a lei conforme a sua finalidade e não conforme a sua literalidade. Os momentos pós-revolucionários trazem, ainda, outra demanda: a de uma constituição para o tempo normal, e

²¹ Ao analisar a postura de Condorcet na Assembléia Nacional Schmitt nota o paradoxo de sua defesa da constitucionalização do direito de resistência. O projeto teria “desviado” o direito de resistência em uma organização política, ocasionando uma desnaturalização deste direito (SCHMITT, 1968, p. 311). Nesta mesma linha – sobre o paradoxo de constitucionalizar algo que possibilitaria a suspensão ou não aplicação desta mesma constituição – pode ser lido o art. 146 da Constituição Alemã, o qual previa em sua versão original (válida até 1990) que a constituição deixaria de vigir no momento em que surgisse uma constituição adotada por uma decisão livre do povo alemão. O paradoxo deste artigo é a permissão constitucional (poder constituído) para uma revolução (que inaugura um poder constituinte), além de imiscuir os âmbitos jurídico e político. A apresentação destes dois paradoxos mostra como a despeito das ligações entre direito e política, a postura centrípeta do direito de “legalizar” aspectos primordialmente políticos conduz a situações de difícil solução, pois se tenta controlar situações que por definição são incontroláveis (como uma revolução). Sobre o art. 146, ver PREUSS, (in ROSENFELD, 1994, p. 156).

uma para o caso de perigo (esta não positivada), o que corresponde ao aforismo “a saúde da pátria é a lei suprema”²² (SAINT-BONNET, 2001, p. 293-6).

Quanto à legalidade, pensemos na questão apontada por Santi Romano (na ocasião em que tratou sobre os decretos-lei e o ES decretado diante da situação desencadeada por um terremoto que atingiu Messina em 28/12/1908) de que na situação excepcional é mais necessária a criação de novas normas que se apliquem ao caso, do que a não aplicação das existentes. E aqui há uma nova perspectiva, não só de não aplicação de normas feitas democraticamente, mas também a criação de novas normas que se aplicam a um caso específico. Isto importa para pensar a legalidade pois este princípio significa não somente que deve haver leis democráticas, mas que sejam gerais e amplas. Assim, ao fazer uma lei específica poder-se-ia comprometer gravemente o princípio da legalidade.

Já sobre a separação de funções, o ES foi construído de forma a prever superioridade do Parlamento na situação de crise (e não do Executivo como na tradição da LM), pois da feitura das leis que regulam o ES, ainda tem a competência de aprovar ou não a decretação. Não obstante, a análise de exemplos históricos de momentos de utilização do mecanismo excepcional mostra que tal superioridade é bastante relativa²³, pois em situação considerada de crise é comum que o Parlamento – e judiciário – não tenha tanta independência em suas decisões.

Isto nos leva a pensar o ES a partir de suas limitações – que incluem as temporais, espaciais, de poderes e de finalidade – de maneira a evitar o uso abusivo desta medida excepcional. Isto é, para que não seja subvertido e usado de uma maneira ditatorial. Neste momento parece adequado discutirmos em que medida a existência de limitações na constituição acerca do ES de fato alcança seu objetivo, qual seja: de salvaguardar a constituição e seus princípios para que terminado o período de emergência possa haver a retomada da normalidade constitucional.

Embora previstas as limitações, na situação concreta há uma tendência à ampliação e não limitação dos poderes. Um dos motivos é o fato de que em situações de crise - pré-requisito ao uso do ES - instaura-se um clima de temor e pânico que pode fazer com que haja um enfraquecimento das funções legislativa e jurisdicional e o conseqüente alargamento da executiva afinal, é o presidente quem decreta o ES. Desta forma, como é possível que em face

²² No que parece ser a tradução do brocardo latino “*salus rei publicae suprema lex est*”, ou seja, a lei suprema é a salvação da coisa pública. Este adágio também está presente na análise de Locke acerca dos poderes da sociedade civil. Em sua caracterização esta regra “é tão justa e fundamental que aquele que a segue com sinceridade não corre um risco grande de errar” (LOCKE, 2006, p. 176).

²³ Como pode ser conferido na experiência brasileira de ES, a qual será apresentada adiante.

do enfraquecimento das outras funções se consiga manter o equilíbrio do sistema para a preservação dos padrões democráticos²⁴?

Além disso, no modelo francês o judiciário não se manifesta sobre o ES, em mais uma importante diferença em relação ao modelo anglo-saxão. Isto porque tais decisões são consideradas atos de governos ou atos políticos e são, portanto, excluídas da análise judicial. A única possibilidade de questionamento de uma prisão é através de apelo à Corte de Cassação e Conselho de Estado, enquanto que recursos por abuso de poder podem ser direcionados ao Conselho de Estado (ROSSITER, 1963, p. 89). De certa maneira esta posição expressa a divisão existente na maior parte da dogmática constitucional dentre a competência política e a jurídica dos tribunais. Enquanto se considera que os tribunais não têm competência para decidir sobre questões políticas de decretação, pois sujeitas à chamada razão de estado²⁵, devem conhecer casos de violação de direitos individuais, independentemente da existência do ES²⁶.

A questão da divisão de poderes ainda pode ser vista sob outra perspectiva, a da confusão entre a competência das autoridades civis e militares já que um dos aspectos do ES é a competência ampliada da autoridade militar nos casos ligados aos motivos da crise. Uma das consequências da decretação do ES na França durante a Primeira Guerra Mundial foi a criação de tribunais militares, cuja competência não era completamente definida, pois a partir do momento em que expressassem o desejo de julgar determinado caso, a jurisdição civil perdia automaticamente a competência. Para se ter uma idéia da extrema ampliação dos tribunais militares, em 29 de outubro de 1929, em uma circular do Ministro da Guerra, ordenou-se que os tribunais militares tivessem competência em todos os casos de roubos ocorridos nas

²⁴ O sistema do *checks and balances* prevê que as três funções funcionem de forma harmônica com o objetivo de limitação recíproca, de maneira a não haver predominância de nenhuma. Por isso a tradução por freios e contrapesos, pois à tendência de ampliação da atuação de uma das funções corresponderia um contrapeso das outras funções.

²⁵ O conceito de razão de estado teve ponto de partida na Idade Média, mas só adquiriu características próximas às contemporâneas à partir de Maquiavel. A tradição da razão de Estado acompanha a formação do Estado moderno. Nesta tradição afirma-se que a “segurança do Estado é uma exigência de tal importância que os governantes, para a garantir, são obrigados a violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas que consideram imperativas, quando essa necessidade não corre perigo”. Liga-se à exceção, ao mesmo tempo em que se afasta dela. Isto porque se por um lado traz considerações sobre excepcionalidade de determinadas situações e a imperatividade do governante agir em desacordo com normas jurídicas, por outro lado, a criação de mecanismos legais (constitucionais e extra-constitucionais) busca justamente enfrentar e superar graves perigos de maneira legal. Mesmo com a criação destes mecanismos, e conseqüente limitação da razão de Estado, não houve sua eliminação completa, pois: “Mesmo nos Estados democráticos mais sólidos, em situações reais de emergência, que, por sua natureza, não podem ser juridicamente reguladas de forma completa (em última análise, *necessitas non habet legem*), existem situações e casos de recorrência à Razão de Estado, exatamente provocados pela necessidade de salvar o Estado”. PISTONE in: BOBBIO, 1995, p. 1066-1073.

²⁶ Esta posição foi relativizada no momento pós-11 de setembro com a defesa dos Estados Unidos em não oferecer remédios judiciais aos considerados combatentes inimigos – questão esta que será trazida no próximo item.

estações de trem (ROSSITER, 1963, p. 95), crime este que dificilmente colocava em grave risco a existência da República. Em situações de guerra o ES é uma medida normalmente utilizada. Os períodos das duas guerras mundiais foram marcados por crises não só políticas como também econômicas. Em relação à primeira grande guerra, em 02 de Agosto de 1914, o presidente francês Poincaré declarou ES abrangendo todo o país. Esta decretação foi a mais extensa na história francesa e durou mais de cinco anos, até 12 de outubro de 1919. Uma das principais características do ES é a sua temporariedade, entretanto, como se pode ver no exemplo acima, é, muitas vezes, desrespeitada, neste caso específico pelo fato de que a indicação de tempo no decreto se deu através da vaga expressão “enquanto durar a guerra”.

A apresentação histórica feita até este momento não é exaustiva, já que tem como mote a compreensão do surgimento do ES e de sua utilização e não uma análise histórica sobre o período. Ou seja, o que interessa aqui é como a decretação do ES foi fundamental para uma segunda modificação desta medida excepcional: além da conversão de ES militar para ES político, agora se trata da mudança do caráter estritamente repressivo para o preventivo. “Originalmente o ES só era colocado em ação quando os perigos de invasão ou rebelião tinham assumido grande magnitude, e somente em áreas diretamente relacionadas. A extraordinária competência das polícias e tribunais militares eram para ser utilizadas com prontidão e vigor em áreas onde a violência era uma realidade presente, como um complemento à irrestrita LM, um considerável ES. Na Primeira Guerra Mundial, entretanto, o Parlamento Francês, como um direito inquestionável, escolheu usar esta instituição em uma extensa área, por um longo período de tempo, para manter a ordem no fronte e remover todos os inimigos da República e outros obstrucionistas abaixo das linhas das garantias usuais das leis e justiça civil” (tradução livre de ROSSITER, 1963, p. 102). Se este é de fato um direito inquestionável, é um dos pontos que este trabalho pretende discutir.

Se para a tradição continental o ES é o principal mecanismo constitucional de resposta às crises – principal porque não exclui outros como o estado de defesa, o estado de alerta, etc - na tradição anglo-saxã o mecanismo é o da LM. As mudanças entre os dois mecanismos decorrem da distinta tradição jurídica, bem como da própria experiência histórica e política.

Passo agora à (1.1.4) LM para mostrar como a tradição da *common law* lida com as crises. Contemporaneamente o funcionamento da LM esteve em evidência, principalmente pela forma como os Estados Unidos reagiram aos ataques terroristas ocorridos em seu

território, cujo fato emblemático foi o uso do status de *commander in chief*²⁷ pelo então presidente.

1.1.4 Lei Marcial²⁸

Inicialmente convém sublinhar uma curiosidade acerca do adjetivo que qualifica tal lei e que sugere uma ligação com Marte, deus romano da guerra, o que me permite inferir o seu objetivo, o de ser a lei da guerra, ou ao menos a lei usada em períodos de guerra.

Ao tratar da LM ROSSITER (1963, p. 142) retoma Frederick Pollock e escreve que é possível defini-la como “um termo infeliz para justificar, por meio da *common law*, os atos realizados por necessidade com o objetivo de defender a *commonwealth* em caso de guerra”²⁹. Para CORWIN (1932, p. 97) “lei marcial é, em outras palavras, um pouco mais do que um termo geral para a operação em situações de emergência pública de certos bem conhecidos princípios da *common law* – o direito de auto-defesa do indivíduo, seu direito – acompanhado da sua correlativa responsabilidade – para mitigar o incômodo, seu direito e seu dever de prender aquele que ele sabe que cometeu um crime grave ou aquele que ele observa no ato de cometimento uma violação da paz³⁰”. Ou seja, para o autor citado a LM é uma espécie de estado de necessidade que autoriza o particular a ter atitudes típicas da autoridade pública pela existência de uma situação que o autoriza. Como veremos mais adiante, embora esta interpretação possa ser utilizada também para tratar do ES, Agamben discorda por considerar que embora tenha analogias claras não é exatamente estado de necessidade.

A LM foi o primeiro dos esquemas de defesa extraordinária do Estado (GOUVEIA, 1999, p. 151). Manifesta as principais características do direito anglo-saxão, especialmente

²⁷ No decorrer do trabalho farei referência a exemplos de atos cometidos durante o governo de George W. Bush na vigência de situações excepcionais. Com a eleição de Barack Obama e o novo governo tem havido várias mudanças em respeito aos direitos humanos. Entretanto, mantenho os exemplos – especialmente o de Guantánamo – por entender que: primeiro, os atos cometidos durante o governo Bush foram autorizados não somente pelo governo (executivo e legislativo), mas por parte da doutrina norte-americana, o que sugere que suas bases são mais profundas do que uma mera ordem. Além disso, a recusa de alguns países em receber prisioneiros de Guantánamo – mesmo considerados inocentes por falta de julgamento – mostra que a desterritorialização efetuada por Guantánamo persiste, tornando seus internos não desejáveis em local algum da Terra.

²⁸ GOUVEIA diferencia a LM da *martial law*. Enquanto o primeiro termo designaria uma apreensão da *martial law* pelo direito continental, o segundo seria a origem do instituto apropriado e tem origem no direito britânico, todavia não seguirei tal divisão e o tratamento dado será igualar LM e *martial law*.

²⁹ É curioso que Agamben se utilize desta citação sem fazer referência à origem da mesma, creditando-a à Rossiter e não à Pollock. AGAMBEN, 2007a, p. 33.

³⁰ “‘Martial law’, in other words, is little more than a general term for the operation in situations of public emergency of certain well known principles of the common law – the right of self-defense of the individual, his right – attended by the correlative liability – to abate a nuisance, his right and duty to arrest one whom he knows to have committed a felony or whom he observes in the act of committing a breach of peace (...)”

por sua fonte costumeira, inclusive sem a necessidade de decretação³¹ porque era considerada uma situação a-jurídica, sendo somente um estado fático.

Além desta figura, o direito britânico ainda ofereceu outras duas no controle de situações excepcionais: a suspensão do *Habeas Corpus*^{32 33} (1679) e o *Riot Act* (1714). O primeiro exigia lei do Parlamento com determinados requisitos, e o segundo era uma espécie de autorização para que as autoridades públicas agissem em determinadas situações – que em geral envolvia aglomeração de pessoas, com possibilidade de revoltas - sem a responsabilização por atos de violência.

Embora a LM exista tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, com diferentes características, o foco será dado à experiência norte-americana, especialmente na guerra civil. Segundo Rossiter há quatro momentos de utilização da LM podem ser vistas na história norte-americana: guerra civil, 1º Guerra Mundial, Depressão de 1933 e na 2º Guerra Mundial. A escolha da experiência norte-americana em detrimento da britânica ocorre porque nesta houve pouca utilização do mecanismo extraordinário, enquanto que em terras norte-americanas não só houve maior uso, quanto foram em momentos cruciais e que ajudaram na construção de sentido do constitucionalismo norte-americano – aqui me refiro especialmente aos casos decididos pela Suprema Corte cujas respostas, questionáveis ou não, tiveram grande importância na jurisprudência norte-americana – e por consequência nos constitucionalismos em construção em outras partes do mundo.

A utilização nos Estados Unidos no período da Guerra Civil americana ocorreu quando o presidente Abraham Lincoln assumiu plenos poderes no momento do recesso do Congresso. Este momento foi marcante para a história constitucionalista norte-americana, principalmente pelo fato de se ter paralisado a atividade das outras funções de governo (a legislativa e a judiciária) com a decretação de plenos poderes.

Apresentarei alguns casos decididos pela Suprema Corte norte-americana, tendo em vista dois motivos principais: i- para compreender a utilização da LM, os problemas gerados e

³¹ A desnecessidade de decretação é hoje mitigada pelo fato de que quando ocorre uma situação tida por emergencial legisla-se com poderes excepcionais. Assim, uma das justificativas do uso de expedientes emergenciais – a impossibilidade do ordenamento “prever” todas as situações e que portanto as leis que passam pelo processo ordinário de feitura só podem tratar de situações de normalidade – é mitigada, pois no pós- 11 de setembro o que se viu foi legislações que positivaram poderes excepcionais – nada mais contrário às características da LM – sendo que o mais famoso foi o US PATRIOT Act nos Estados Unidos, entretanto este fenômeno também ocorreu na Inglaterra (Anti-Terrorism Security Act) e de uma maneira geral foi acompanhado por outros países –especialmente no tocante a restrição à migração. Sobre o tema da aproximação da legislação normal e excepcional na mesma “roupagem” ver POOLE, 2008. Sobre legislações e ações depois do 11 de setembro que limitam os direitos dos migrantes ver: CRÉPEAU, 2006 e FORCED MIGRATION REVIEW, 2002.

³² A suspensão do *Habeas Corpus* é uma característica fortemente associada à LM, como veremos nos casos judiciais apresentados, e é uma das diferenças em relação ao ES, onde em geral não há tal suspensão.

³³ A partir de agora, passo a me referir ao *Habeas Corpus* pela sigla HC.

a resposta judicial apresentada – para isso embora a doutrina seja uma fonte importante, a necessidade de decisão imposta ao poder judiciário apresenta alguns dilemas sob uma nova perspectiva; ii- para compreensão de nossa própria tradição (brasileira) em relação à utilização de medidas excepcionais. Como mostrarei no item relativo ao uso do ES no Brasil, dentre os argumentos invocados nas provocações e decisões judiciais do Supremo Tribunal estão os precedentes norte-americanos. Embora as tradições jurídicas sejam distintas, o constitucionalismo norte-americano foi de grande influência na construção da República, e especialmente da nossa corte suprema, o Supremo Tribunal Federal, cujas decisões sobre concessão ou não de *HC* na vigência do ES foram de grande importância na construção da jurisprudência pátria.

Retomando o fato da Guerra civil norte-americana, durante o recesso do Congresso, o presidente Lincoln assumiu, de 12 de abril à 4 de julho de 1861, plenos poderes por iniciativa própria. Rossiter (1968, p. 223) descreve este período como o episódio mais interessante daquilo que ele nomeia como ditadura constitucional. Neste meio tempo, sem o funcionamento do Congresso, o presidente agiu livremente e deixou ao Congresso somente a tarefa de analisar – *a posteriori* – as medidas tomadas³⁴, que acabaram sendo ratificadas. Esta é uma característica importante da LM, isto é, o fato da verificação ser posterior à decretação³⁵ e a conseqüente aplicação da mesma. Além disso, em geral, após o término do período de vigência desta lei, são aprovadas as indenizações aos que eventualmente sofreram algum tipo de prejuízo em razão da mesma.

Algumas questões ocorridas durante este período foram analisadas pela Suprema Corte, após a ratificação das medidas feita pelo Congresso. Dentre as questões examinadas estão o embargo econômico aos estados sulistas que não podiam exportar³⁶ e a suspensão do *HC*, que inicialmente era limitada à região entre a Filadélfia e Washington e, posteriormente, foi estendida à área entre Washington e Nova York. É esta questão que mais me interessa neste momento, pois trata da tensão entre a segurança e a defesa das garantias judiciais mínimas aos cidadãos. A constituição americana traz a defesa do *HC*, entretanto traz também

³⁴ Dentre as medidas estava o bloqueio de portos dos estados fora da união (*seceded*), o que era contrária à constituição e à lei das nações, que só permitia tal medida em caso de guerra externa declarada. Ademais ele ordenou alistamento obrigatório de algumas pessoas à marinha e ampliou o bloqueio aos portos, autorizou a suspensão do *HC* mesmo sob a opinião que tal suspensão só poderia ser feita pelo Congresso e não pelo presidente, ordenou fechamento do correio para cartas relacionadas à traição e prisão de pessoas estivessem ligadas ou prestes a se ligar a práticas de traição. ROSSITER, 1963, p. 226-8.

³⁵ A decretação não é um requisito da LM. Em geral é feita mais por um efeito emocional do que por uma exigência jurídica propriamente jurídica. ROSSITER, (1963, p. 146).

³⁶ Caso *Prize Cases*, 1862. Aqui um dos principais pontos analisados foi a ausência de declaração formal de guerra para justificar o bloqueio e a distinção entre guerra pública e guerra civil Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/67/635/case.html>>.

uma exceção a qual permite múltiplas interpretações. Diz a constituição que o *writ* não deve ser suspenso, com exceção dos casos de rebelião ou invasão, quando a segurança pública pode solicitar tal suspensão. Entretanto não clarifica os conceitos de invasão, rebelião ou mesmo segurança pública, o que torna este preceito amplo demais³⁷, exigindo, portanto, interpretação judicial.

O caso que tratou da suspensão do *writ* foi o *Ex Parte Merryman*³⁸ (1861), no qual Merryman, um oficial de Cavalaria do Estado de Maryland, alegou ilegalidade da suspensão do *HC*. Não obstante a decisão ter sido favorável ao pleito, ela foi completamente desconsiderada por Lincoln. Ou seja, este caso expressa a extrema responsabilidade que o Judiciário tem em situações de crises, pois suas decisões podem ser a única alternativa de garantia de direitos fundamentais. Entretanto, este caso também expressa a fragilidade do direito frente ao poder. E é justamente esta fragilidade que tenta ser preenchida com as teorias sobre situações excepcionais, pois se pretende que haja maior controle para dificultar o abuso do poder.

Na constituição norte-americana³⁹ têm-se as seguintes disposições: artigo I, 9, o qual, considera que o *HC* não deve ser suspenso, com exceção aos casos de rebelião ou invasão quando a segurança pública o solicite, ou seja, autoriza a suspensão do *writ*. Da mesma forma o art. II, 2, autoriza o presidente a ser o *commander in chief* do exército e da marinha dos Estados Unidos e com isso promove uma centralização de poder, conforme o episódio envolvendo Lincoln; no art. IV, 4, os Estados Unidos devem garantir a cada Estado uma forma republicana de governo e devem proteger cada um contra invasões e, na requisição do legislativo, ou do executivo (quando o legislativo não pode ser reunido) contra violência interna. Ou seja, na constituição norte-americana não há previsões diretas sobre a LM, mas somente sobre algumas medidas passíveis de serem tomadas em situação de emergência – o que motivou autores a pensarem em alternativas como a feitura de uma constituição de emergência, o que será visto mais adiante.

Além da utilização da LM nos EUA em casos de guerra, também houve o emprego com cunho eminentemente econômico por Roosevelt no contexto do *New Deal*, quando o presidente arrogou-se diversos poderes, como, por exemplo, a proibição de compra de moeda

³⁷ ACKERMAN (2004, p. 1084) traz as preocupações que nortearam a inclusão de tal cláusula na constituição a partir dos arquivos da convenção. Ele aponta que houve uma tentativa de limitar temporariamente tal suspensão ao prazo de 12 meses, o que não foi incluído na constituição. Ademais, a proposta inicial não trazia nem mesmo as situações de invasão e rebelião, mas sim uma genérica “ocasiões urgentes”. Não obstante uma conceituação mais restrita, os novos termos ainda trazem dão margem para abusos de poder.

³⁸ Disponível em <<http://www.tourolaw.edu/patch/Merryman/>>. Acesso em 25 mar 2009.

³⁹ Disponível em <<http://www.usconstitution.net/const.html>>. Acesso em 11 jan. 2010.

estrangeira. A utilização de mecanismos excepcionais em crises econômicas, aliada às prescrições constitucionais, pode levar a uma normalização da exceção. O que a exceção constitucional expõe é a tensão insolúvel entre a divisão de poderes, pois ainda que tal divisão seja pensada de forma a garantir uma harmonia no Estado de maneira que nenhum se sobressaia e exclua os outros, a relação entre a limitação feita pelo direito e seu abuso é tênue. O dilema constitutivo da exceção é como se pode controlar uma situação na qual por definição os mecanismos de controle estão parcialmente desativados, ou então, de forma mais simples: como limitar o abuso de poder em situações de crise?

A principal questão existente no ES e na LM é como controlar o excesso de poder por parte do governante nos momentos excepcionais. Entretanto, para Agamben o estado de exceção mais do que representar a concentração de poderes mostra o seu oposto, o vazio. Neste sentido que ele estuda a figura romana do *iustitium* (1.1.5) como arquétipo da exceção moderna. É este vazio existente na decretação do *iustitium*, mais do que a concentração, aquilo que questiona o direito. Assim, para Agamben muito mais significativo do que a ditadura para a compreensão da exceção moderna, é o *iustitium*, e seu questionamento dos limites do direito.

1.1.5 *Iustitium* e o vazio de poder

O *iustitium*, na análise de Agamben, adquire um sentido mais amplo, pois “permite considerar o estado de exceção em sua forma paradigmática, (...) um modelo em miniatura para tentar explicar as aporias que a teoria moderna do estado de exceção não consegue resolver” (AGAMBEN, 2007a, p. 68). Este instituto funcionava com a emissão de um *senatus consultum ultimum* quando havia algum risco para a República. A emissão era solicitada aos cônsules, em alguns casos aos pretores e tribunos da plebe, podendo chegar aos cidadãos, para que tomassem medida necessária à salvação do Estado. Para a sua decretação havia a necessidade da decretação do *tumultus* – situação de emergência que não se confunde com a guerra, embora possa abarcá-la⁴⁰ – e que normalmente levava à proclamação de um *iustitium*, que significava a suspensão do direito, inclusive seu significado literal é “suspensão, interrupção do direito” (AGAMBEN, 2007a, p. 68). Esta categoria, ao provocar a suspensão do direito, criava um vazio no sentido de que o direito não se aplicava, não porque as penas

⁴⁰ Neste ponto Agamben aproxima a relação entre *tumultus* e *bellum*, ou seja, de tumulto e guerra, da relação entre estado de guerra e ES militar de um lado, e estado de exceção e ES político, representando que embora a origem da utilização do ES sejam combates bélicos, paulatinamente as hipóteses de utilização se ampliam, para abarcar situações internas. AGAMBEN, 2007, p.69.

não fossem atribuídas, mas porque o próprio direito era suspenso. Para exemplificar o que seria este vazio, Agamben traz a figura do *solstitium*, que representa a interrupção do sol, figura esta que foi bastante relevante em várias culturas, inclusive na romana.

Ao retomar Nissen, AGAMBEN (2007a, p. 73) considera que se o direito não poderia assumir sua tarefa de garantir o bem-comum, este deveria ser abandonado em prol de medidas necessárias à situação. E quando o direito era incômodo, ao invés de ser transgredido, era simplesmente afastado, através do *iustitium*.

Agamben refuta interpretações de historiadores do direito que consideram o *iustitium* como “férias judiciárias”, “direito de legítima defesa do Estado” ou “quase-ditadura”, especialmente por considerar que tais nomenclaturas não refletem o caráter de exceção que marca o instituto. Em relação à primeira refutação, considera que não sejam férias judiciárias porque não é somente a aplicação do direito que deixa de ser feita, mas o próprio direito que deixa de ser aplicado por estar suspenso. Em relação à segunda interpretação, não é legítima defesa do Estado, pois esta é uma situação excepcional em que um ato, normalmente transgressivo da ordem, é permitido. Já no *iustitium*, não se trata de uma situação que passa a ser permitida, mas com a suspensão do ordenamento não há propriamente a divisão entre atos transgressivos e atos permitidos.

Entretanto o que mais me interessa é a separação entre *iustitium* e quase-ditadura. O *iustitium* não é uma ditadura, tampouco seu meio termo, pois não é uma autorização especial para concentração de poder nas mãos do ditador, mas uma suspensão que abarca, virtualmente, cada cidadão romano. E neste ponto esclarecedor é o caso de Sipião Nasica, um simples cidadão que diante da recusa do cônsul em agir contra Tibério Graco em execução ao *senatus-consulto* último, o mata (AGAMBEN, 2007a, 71). Além de no *iustitium* não haver a criação de novo cargo, como na ditadura, não é uma lei que autoriza a concentração de poder, mas uma suspensão do direito. Para Agamben foi justamente a confusão entre o estado de exceção e a ditadura que impossibilitaram que Schmitt, Rossiter e Carl J. Friedrich resolvessem as aporias da exceção no pós Segunda Guerra Mundial.

Neste ponto sigo, mais uma vez, as indicações de Agamben acerca do significado dos termos, mais precisamente sobre o significado de “último”. Este termo deriva de *uls*, que significa “além”. À pergunta sobre o além de que, o autor responde que a ordem última, é última justamente por se encontrar além da ordem jurídica a qual é suspensão. Portanto não se trata de uma figura específica do direito penal que deixa de punir uma conduta específica, mas está ligada ao direito constitucional e à possibilidade de um espaço em que permanece o vazio de poder. Ou seja, não se trata de retirar uma conduta específica da punição das leis, mas o

que ocorre é que na vigência de um *iustitium* a conduta deixa de ser de acordo ou contrária ao direito simplesmente porque o direito é suspenso deixando um vazio de poder. É em relação a este vazio que este momento (*iustitium*) é tratado por Agamben como estado kenomático, que diferentemente do estado pleromático, o qual simboliza a plenitude de poderes que existe na ditadura, mostra um espaço sem poder, ao menos jurídico.

Este vazio não significa que não exista nada, mas simplesmente que o direito não se aplica. E nesta não-aplicação aparecem de maneira simétrica uma possibilidade e uma impossibilidade. Se há a impossibilidade do direito regular a situação, pois ele está suspenso; a possibilidade ocorre em relação à desarticulação deste modelo. A questão do vazio existente no *iustitium*, e as possibilidades de sua leitura serão retomadas no segundo capítulo, ao tratar da parábola kafkiana “Diante da Lei” e como Agamben a lê.

Acerca da diferença entre o *iustitium* e a ditadura, TAVARES (2008, p. 52-53) sintetiza que a principal é a previsão (ou não) no ordenamento. Enquanto o primeiro não é previsto no ordenamento, a segunda é. Isto é relevante porque mostra que a ditadura não é exterior ao ordenamento e, assim, o ditador escolhido para ocupar o cargo está sujeito a determinadas regras, ainda que algumas que vigem em tempos normais não sejam aplicáveis. Já no *iustitium* não há nenhuma regra, a figura está fora do ordenamento e aplica-se a qualquer cidadão.

Agora podemos compreender porque para Agamben o *iustitium* simboliza o estado de exceção moderno, pois justamente o que ele designa como estado de exceção é uma situação na qual não há propriamente um poder que se mostra ditatorial, mas um vazio (de poder). Com isso os atos praticados durante aquele período estão em um não-lugar pela impossibilidade de designação como pertencente ou não à ordem, por absoluta ausência de ordem, e isto gera discussões sobre a (im)possibilidade de punir um ato cometido no período do *iustitium*, pois mesmo que transgressivo da ordem normal, no momento em que é praticado não existe ordem, e não apenas a culpabilidade perde o sentido, mas mesmo a própria noção de transgressão.

A partir das figuras excepcionais existentes no direito romano podemos pensar o ES e a LM, como as respostas modernas às situações de crise. Entretanto, é preciso ficar marcado que o *iustitium* apresenta uma característica distinta tanto da ditadura romana quanto das figuras excepcionais modernas. Enquanto o primeiro engendra uma situação de vazio de poder, os outros mecanismos prevêm o fortalecimento do poder, ainda que por tempo limitado. Logo, não só o mecanismo de lidar com crises é distinto, mas o próprio papel do direito e a constituição da soberania apresenta-se de maneira diversa. Isto é significativo já

que ao ver no *iustitium* o paradigma do direito e da soberania, a visão de Giorgio Agamben é de um direito que se constitui não pelo poder, mas pelo seu vazio, o que será visto no segundo capítulo.

Há um debate atual no constitucionalismo que expõe a dificuldade de se responder coerentemente às questões sobre o controle de poder, de limitação temporal e manutenção do sistema democrático, pois no momento em que se pensa em respostas efetivas às crises há um conseqüente enfraquecimento dos pilares do constitucionalismo: separação de poderes e respeito aos direitos e garantias fundamentais. Para além desta dificuldade (e da sua atualidade), o que este debate aponta é a tendência da exceção no direito se confundir com a normalidade.

1.2 CONSTITUCIONALISMO BÉLICO: A NORMATIZAÇÃO DO EXCEPCIONAL OU A NÃO APLICAÇÃO DO NORMAL?

Os ataques terroristas ocorridos em 11 de setembro em solo norte-americano trouxeram como conseqüência uma política – tanto interna quanto externa – mais restritiva de direitos e garantias fundamentais e a discussão sobre qual o limite do respeito às leis, ou mais especificamente, como se deve agir em situações de crise de maneira a manter a força do direito. Neste item (1.2) a principal questão a ser colocada é até que ponto se deve obedecer às leis, mesmo que hipoteticamente esta obediência, ao não perceber a situação de crise acentuada, possa auxiliar na destruição dos assim chamados valores democráticos⁴¹.

O debate suscitado pode ser considerado não somente pelo prisma da defesa da tese da constituição de emergência ou da resposta não constitucional, como também uma provocação com objetivo de demonstrar que o sistema constitucional está em permanente construção. Isto porque o debate sobre a exceção traz questões sobre a interpretação do direito e as divergências em relação ao tipo de respostas às crises mostram muito mais as diferenças em relação à interpretação do direito e sua função do que propriamente discordâncias sobre o momento excepcional.

Embora a questão sobre legislação excepcional, ou situações excepcionais, seja parte da história norte-americana, por muito tempo ficou adormecida e só foi ressurgir como

⁴¹ Um ponto inicial colocado por este debate é o fato de levantar tanto questões de teoria do direito, como questões de aplicação do direito, tal qual a possibilidade ou não de tortura⁴¹. Embora este debate se situe teoricamente em âmbitos como a política e filosofia, ele é simplificado por alguns autores quando estes buscaram fazer eco ao Advogado Geral do governo Bush, Alberto González, quem legitimou em relatórios uma “interpretação mais flexível” da tortura, além da inaplicabilidade da Convenção de Genebra aos presos nesta “guerra contra o terror”.

discussão teórica originada a partir dos ataques terroristas de 11 de setembro. O marco temporal em que o debate se inscreve deve ser ressaltado pois se o debate constitucional apresentado é teórico, tem em seu horizonte uma preocupação prática de dar uma resposta jurídico-política aos acontecimentos presentes, ainda que pense que tal resposta é impossível.

Autores como Bruce Ackerman, Laurence Tribe e Patrick Gudridge debateram sobre a necessidade de uma (1.2.1) constituição de emergência para lidar com situações excepcionais. Ainda, Oren Gross, a partir dos fatos ocorridos na Irlanda do Norte, fala acerca da possibilidade de resposta às situações excepcionais que não seja constitucional. O que é curioso em ambas as defesas (constituição de emergência ou resposta não constitucional) é que de duas maneiras diametralmente opostas (normatizar o excepcional ou simplesmente não aplicar o normal) procura-se dar uma resposta coerente à situação enfrentada e com isso reforçar o direito, ao mesmo tempo em que se ignora solenemente seus preceitos. Inicialmente, não deve ser feita uma polarização simples acerca dos argumentos dos autores, pois o objetivo declarado de todos é lidar com situações extremas, de maneira que o ordenamento jurídico não seja colocado em risco. Daí advém que muitas das divergências expressadas não são simplesmente sobre a atitude que o governo (em suas diversas instâncias) deveria tomar, mas antes sobre a própria concepção de direito e de política. O que novamente nos obriga a perceber que estudar situações extremas, que ficam no que tradicionalmente entendemos por bordas, não é negar o direito, mas tentar perceber como seus princípios mais caros são compreendidos e aplicados.

1.2.1 A constituição de emergência

O debate Ackerman/Tribe e Patrick Gudridge começa com a publicação do artigo “*The Emergency Constitution*” (2004a, p. 1029-1091), por Ackerman, cuja premissa básica é que os “ataques terroristas serão parte recorrente de nosso futuro” – esta é a primeira frase do artigo - de forma que se deve ter presente uma maneira de lidar com a situação para garantir tanto a efetividade da resposta aos ataques, visando principalmente sua não-repetição e a manutenção do ordenamento jurídico. Ou seja, para o autor trata-se de garantir meios jurídicos excepcionais para lidar com os ataques terroristas, mas sem que o direito seja fragilizado, o que demandaria uma constituição de emergência. Esta seria uma constituição feita em tempos de “normalidade” para ser aplicada em situações excepcionais e com isso garantir, ainda que minimamente, o respeito à constituição (normal). Embora seja uma discussão bastante rica, cujas conseqüências espraiam-se para outros ramos do direito, neste espaço trarei somente os

principais argumentos de ambas as partes, de forma a traçar um panorama do que os autores pensam sobre a situação excepcional.

Para Ackerman além da constância de novos ataques terroristas, cada novo ataque gerará mais clima de pânico (as paixões, como diria Hobbes, ocupam uma parte importante desta discussão, dada a inviabilidade de decidir racionalmente em um momento em que o clima de temor e pânico toma conta da população). E por isso é que se deve trazer a regulação destes momentos já pronta, de modo que os sentimentos de pânico não causem deturpações na feitura dos regulamentos a serem aplicados. Além do aspecto psicológico, a constituição de emergência seria necessária porque as leis de guerra e criminal, que poderiam ser usadas em situações extremas, são claramente inadequadas, pois os ataques terroristas nem são guerra e tampouco se encaixam nas definições de direito criminal⁴². Não é guerra porque não há um Estado soberano passível de identificação, mas grupos espalhados, fluidos e que não são delineados *a priori*.

Outra questão refere-se à possibilidade de um fim. Em uma guerra por mais que persista, pode ser imaginado um final das hostilidades, enquanto que a tal “guerra contra o terrorismo” é virtualmente eterna, pois sempre haverá o risco de novos ataques. Também não é um delito criminal, já que o terrorismo traz um aspecto político marcado, além da potencialidade de colocar em risco a existência da nação, e, portanto, não se trata apenas de retribuição do crime, mas de impedir novas ocorrências de modo a proteger o Estado. Além disso, haveria outra questão em não trazer a linguagem do crime ao lidar com o terrorismo, como o fato de dar respostas mais persuasivas à população amedrontada, ou seja, novamente a questão da necessidade de dar uma resposta aos sentimentos desencadeados pelos ataques⁴³.

Embora se saiba que depois dos ataques ocorridos em 11 de setembro houve, de fato, uma histeria coletiva, apoiar-se neste sentimento para pensar em respostas legais parece, no mínimo, um mau uso do direito, especialmente das restrições desencadeadas por este, pois no

⁴² Não obstante o caráter específico do terrorismo há teorias do direito penal que pretendem tratar casos extremos – terrorismo, tráfico de drogas, dentre outros – através do direito penal, mas de um direito penal específico: o direito penal do inimigo. O principal defensor desta teoria, Gunther Jakobs, prega que dado o fato das legislações penais “ordinárias” serem insuficientes para lidar com crimes como estes, de grande potencial ofensivo, deve-se considerar estes criminosos inimigos da sociedade de forma que sejam provados de alguns direitos e garantias dados à criminosos comuns, e com isso tais direitos poderiam ser mantidos para esse grupo, pois se não houver uma diferença em relação aos tipos penais todos poderiam ser privados de garantias básicas. Embora este tema não seja tratado no presente trabalho deve-se ter em mente o significado de formulações como essas: de que se deve ter uma distinção de regras entre normalidade/ordinárias e excepcionalidades/restrição de direitos, além da assunção de uma distinção amigo/inimigo, que contraria frontalmente a pretensa igualdade jurídica.

⁴³ Isto parece ser sugerido no seguinte trecho “Call it the *reassurance function*: When a terrorist attack takes places the state’s effective sovereignty in doubt, government must act visibly and decisively to demonstrate to its terrorized citizens that the breach was only temporary, and that it is taking aggressive action to contain the crisis and to deal with the prospect of its recurrence (...)” ACKERMAN, 2004a, p. 1037, grifos presentes no original.

extremo se pode alegar que não se restringem direitos fundamentais para lutar contra a ameaça – neste caso o terrorismo – mas para dar uma sensação de conforto à população. E aqui, cabe ser citado, ainda que de forma incidental, como o medo pode ser usado para manipular a população: “O medo, assim parece, geralmente favorece a direita. O nazista Hermann Göring sugeriu àqueles que desejavam aumentar o seu poder, quer numa democracia, quer numa ditadura, que dissessem às pessoas que estavam sendo atacadas, denunciando os pacifistas por falta de patriotismo” (STAM In: NOVAES, 2007, p. 80).

O uso da retórica de guerra – mas também da criminal - pode ser extremamente proveitosa para os governantes, pois confere um ar de legitimidade às possíveis medidas restritivas de direitos. Exemplo mais do que eloqüente disso foi a postura do governo norte-americano no pós 11 de setembro quando se instituiu uma “guerra contra o terrorismo”. Ackerman está ciente deste risco, tanto que pensa em mecanismos de impedi-lo, notadamente a já citada constituição de emergência com poderes discriminados. Isto porque o risco da utilização do que chama de política do medo diminuiria, visto que não poderia influenciar decisivamente em um estatuto já elaborado. A fragilidade da argumentação é evidente⁴⁴, pois uma das posturas adotadas não é a feitura de novas leis, mas a reinterpretação das já existentes de modo que os atos “extremos” sejam autorizados. Exemplo disso foi a discussão sobre a possibilidade legal de tortura, ou antes, do que é considerado tortura.

O que esta terceira via – de emergência – pretende é limitar as possibilidades de abuso. O argumento principal é o seguinte: dado o fato de que o futuro nos reserva mais e mais situações emergenciais, deixar o modo de enfrentamento destas situações na legislação ordinária provocará descrédito da população e com isso erosão do sistema constitucional pelo descontrole que a situação emocional causa, de forma que a previsão antecipada minimizaria estes riscos. Para isso, Ackerman pensa em um complexo sistema em que a emergência deve ser aprovada pelo Congresso e a cada aprovação o quorum aumenta de forma que chegue a quase 100%. Isto para que se obrigue uma coligação entre partidos de oposição e governista, como garantia de concordância acerca da excepcionalidade da situação e não como uma maneira do governo conseguir poderes amplos (*plenos poderes*).

O que Ackerman pretende é evitar a normalização da exceção, mesmo com sua crença de que situações emergenciais serão uma constante. Este é o principal paradoxo que o debate

⁴⁴ O próprio Ackerman admite que o presidente pode adotar o novo estatuto ou então ignorá-lo e manter seus poderes unilaterais como *Commander in Chief* (2004b, p. 1871). O que aqui fica claro é a dificuldade (ou em certo sentido, esforço sísifico) de lidar com a força e a violência a partir do direito. Inclusive porque antes de ser uma seara técnica cuja função é limitar a violência, esta está em seu cerne, em sua origem e fim (que aqui pode ser lido como finalidade e final) de tal maneira enredada que não basta modificar o direito, mas depô-lo. BENJAMIN, (1986b.) “Crítica do Poder/ Crítica da Violência”.

constitucionalista nos apresenta: os referidos autores mostram-se cientes de que cada vez menos é possível se amparar em uma clara distinção entre normalidade e exceção (base das doutrinas constitucionais de resposta às crises), mas ao mesmo tempo procuram desesperadamente uma construção teórica que mantenha o mínimo de direito (ordinário) ao mesmo tempo em que lida com o não-direito (que também é direito, excepcional). Esta tentativa lembra o esforço do menino na fábula holandesa, que ao perceber que o dique que protege o país da inundação tem um furo, tenta desesperadamente tapá-lo com o dedo para que o país não seja inundado.

Se na fábula a ajuda aparece e se consegue restaurar a situação a evitar o mal maior, com também o menino se torna herói por sua bravura, no debate constitucional, diferentemente, a tentativa não logra este êxito. Neste, a questão é de uma indecidibilidade que se impõe para decisão.

Voltando aos aspectos mais técnicos do texto de Ackerman, sua construção normativa exige uma reconstrução da relação de “*checks and balances*”, para que não ocorra um abuso. Entretanto, o que as experiências históricas nos mostram – e isso ficará mais claro quando tratar da situação nacional – é que em momentos de crise (real ou apresentada como tal), mais do que uma atuação do sistema de freios e contrapesos, há uma concentração de poderes – em geral no executivo – o que limita inclusive, a possibilidade dos outros poderes influírem na situação⁴⁵.

Ackerman chama o modelo de aprovação feito por quoruns cada vez maiores de “escalada supermajoritária”, cujo funcionamento se pauta pela necessidade da emergência ser declarada por tempo certo. A cada prorrogação aumenta-se em 10% o percentual de aprovação requerido, começando por 60% na primeira prorrogação, sendo que cada prorrogação poderia dar-se pelo prazo de dois meses. Além do aspecto pragmático de como é possível conferir autonomia aos poderes legislativo e judiciário, ainda há a dúvida sobre o que pode ser considerado temporário, pois mais de seis meses em situação emergencial poderia significar um tempo demasiado de restrições de direitos, especialmente porque dentre as propostas da constituição de emergência encontra-se a prisão sem mandado. Este é um ponto bastante sensível, pois a necessidade da prisão, como pena extrema, ser motivada é considerada não somente uma conquista histórica, mas até mesmo uma garantia do Estado de Direito, de modo que suspendê-la pode gerar um enfraquecimento do próprio direito.

⁴⁵ O caso paradigmático é a situação já apresentada ocorrida na Guerra Civil norte-americana quando Lincoln dissolveu o Congresso por algumas semanas e neste período agiu livremente (inclusive desrespeitando decisão judicial). Quando o Congresso voltou a reunir-se não restou muito o que fazer além de ratificar as ações tomadas, ainda que claramente em desacordo com a legislação vigente.

Para desestimular o abuso deste expediente, Ackerman sugere que haja controle pelo judiciário – ainda que sobre aspectos limitados, para não colocar em risco as investigações - e que depois do término do período emergencial sejam concedidas indenizações aos inocentes. Embora certamente possa haver compensações por perdas decorrentes de prisão não fundamentada, estabelecer indenização como um bloqueio ao abuso de poder parece, na melhor das hipóteses, criar uma “tabela de indenizações” que autoriza o pensamento em termos de custo e benefício. Esta racionalidade é mais adequada no âmbito econômico do que no jurídico – no qual as ações devem ter presentes um componente de moralidade e princípios, e não somente de utilidade. Este ponto será ainda mais sensível na defesa de Gross da ação “fora da lei”, conforme explicarei a seguir.

Outro argumento trazido por Ackerman acerca da sua constituição de emergência é o controle das informações pelas minorias políticas de forma que esta possa decidir de maneira embasada pela manutenção ou término da situação emergencial. Neste ponto ressalto que nem toda informação estará disponível, mas somente as necessárias e que não coloquem em risco os procedimentos policiais. Neste modelo os juízes terão um papel importante através do controle de medidas que tratem de direitos e garantias básicas⁴⁶, inclusive porque se sentirão mais resguardados com a escalada supermajoritária, e com isso poderão decidir de forma mais livre, na expectativa de que logo a situação emergencial acabará. Ou seja, o próprio papel do judiciário e dos juízes – mesmo o *Hércules*⁴⁷ – são postos em questão, ao mesmo tempo em que se tem a expectativa de que ambos servem à proteção do direito.

Embora algumas críticas à Ackerman já tenham sido antecipadas, neste momento discutirei o artigo “*The Anti-Emergency Constitution*” de Tribe e Gudridge, cujo título já traz sua tônica, qual seja, uma crítica mordaz ao artigo de Ackerman.

A primeira questão apresentada pelos autores é pragmática, mais especificamente sobre a plausibilidade de implantar o modelo da ação do governo segundo a proposta de Ackerman. O segundo ponto apresentado diz respeito à criação de tempo e espaços nos quais se possam fazer coisas terríveis, sem, no entanto, tornarem-se pessoas terríveis (TRIBE, GUDRIDGE, 2003, p. 1804). Significa, em outros termos, que ao abandonar (ou podemos

⁴⁶ O papel do judiciário diante de situações excepcionais é sempre bastante delicado pois se por um lado deve resguardar os direitos individuais, por outro existe uma margem em que não pode se pronunciar pois foge de sua competência, que é justamente a questão política representada pela doutrina das “razões de Estado”, ou seja, existe uma margem de discricionariedade na política e que o Direito não deve “opinar”. Entretanto, mesmo com a divisão entre questões políticas e de direito, em momento de crise o judiciário costuma minimizar-se, como podemos ver na jurisprudência norte-americana e nacional.

⁴⁷ A referência é às potencialidades do juiz Hércules, desenvolvido por Ronald Dworkin como modelo de julgador, que por sua vez tem esse nome em razão do herói da mitologia grega, quem desempenhou doze tarefas consideradas impossíveis. DWORKIN, 2002.

dizer eufemisticamente “flexibilizar”) alguns aspectos do direito, isso não traduz a não aplicação de normas pontuais, mas influi na própria construção do sistema constitucional.

A argumentação segue no sentido de que abandonar, ainda que temporariamente, um sistema construído tendo por base a Constituição norte-americana, não significa o mero abandono de algumas normas, mas deixar de lado a própria constituição formal, as práticas constitucionais e históricas, e, também, toda a construção teórica constitucional.

O terceiro item apontado é o chamado “papel da memória”, ou então *amnésia*, cujo significado é que mesmo decisões consideradas erradas fazem parte, e influenciam a memória constitucional. Este item é particularmente importante em um modelo como o norte-americano cujos precedentes judiciais têm uma grande importância na construção do direito. Entretanto, mesmo em modelos que não privilegiam tanto os precedentes não se pode perder de vista que sendo o direito uma construção do “direito nos livros” e do “direito em ação”, a interpretação e decisões judiciais ocupam um papel extremamente relevante.

Em relação aos aspectos mais técnicos, a doutrina acerca da “rebelião e invasão” não foi bem desenvolvida de modo que barrar o uso do *HC* com base em uma previsão sucinta da constituição é bastante perigoso. Especialmente se considerar que a principal situação prevista por Ackerman são os ataques terroristas, os quais dificilmente se enquadrariam nos casos citados acima. Aqui aparece outra divergência acerca do uso da palavra guerra para se referir aos ataques terroristas. Para os autores o problema não é considerar uma guerra, mesmo que os grupos combatentes não sejam representantes de um Estado, mas sim o uso de categorias amorfas como “guerra contra o terrorismo” ou “guerra contra o crime”, pois se valem de uma terminologia bélica com o objetivo de ampliá-la e, com isso, provoca uma descontextualização. Apesar da ressalva sobre o uso da retórica bélica, na situação analisada, ser contra o uso da expressão “guerra contra o terrorismo” já é, em si, ser contra a caracterização do combate militar norte-americano como uma guerra.

A argumentação dos autores pode ser sintetizada com a seguinte indagação: como a lei constitucional poderia (em um sentido amplo, sua feitura, interpretação, ensino e aplicação) ser deixada de lado durante episódios que, segundo a premissa de Ackerman, serão cada vez mais comuns, e inegavelmente afetarão a vida dos cidadãos, pois presentes no contexto de combate ao terrorismo? As críticas prosseguem desde a falta de caracterização do que seria uma situação de necessidade – quão ruim deve ser o ataque para que se justifique a adoção de tal constituição – até aspectos, tais como, o papel midiático de usar tal expediente para mostrar aos cidadãos apavorados que o governo está agindo. Esta questão deve ser bastante

frisada, especialmente no papel assumido pela política e pelo direito de dar respostas midiáticas às situações apresentadas de forma sensacionalista⁴⁸.

Voltando ao aspecto do estado de emergência como tentativa de diminuir o pânico da população, a declaração de tal situação pode ter aspecto contrário. A assunção de algo como um período excepcional pode mostrar que o governo não está preparado para resolver a questão da forma ordinária. Ao mesmo tempo, supondo a existência de vários falsos alarmes, a declaração contínua pode se tornar tão corriqueira que perde o sentido de uma excepcionalidade, tornando-se um recurso político inócuo, e pior, com o sacrifício de garantias legais.

Novamente surge a questão do tempo: o que é pouco ou muito tempo? Se alguns meses podem parecer pouco, alguns dias preso sem as garantias processuais e materiais parece muito. O que traz outro aspecto: quais os poderes passíveis de serem atribuídos em uma situação emergencial? Embora o objetivo da constituição de emergência seja justamente o de limitar a discricionariedade, e, com isso, a possibilidade de manipulação, os poderes previstos e os direitos limitados não podem ser um “pacote fechado”, pois como parece evidente, cada situação de risco exige uma resposta diferenciada. Com isso ou se prevê de maneira genérica os poderes, ou se tenta fazer uma previsão exaustiva, o que sabemos de antemão ser impossível⁴⁹, deixando a constituição de emergência à mercê dos mesmos problemas alegados em relação à constituição “normal”.

Outra questão que deve ser ressaltada é a substituição da análise principiológica, neste caso sobre os motivos e necessidades de decretação do Estado de emergência, por um pensamento focado em custos e benefícios marginais, pois como expressa GROSS (2003, p. 1037), em geral os custos são atribuídos aos “outros”, enquanto os benefícios à “nós”.

⁴⁸ Se apresento este item no contexto do direito constitucional, ele é ainda mais evidente em relação ao direito penal. No terceiro capítulo, ao efetuar a análise do discurso de identificação do estrangeiro ao “inimigo da sociedade” este tema adquire nova perspectiva.

⁴⁹ Até porque um dos argumentos a favor da utilização de situações excepcionais é a impossibilidade da previsão legislativa de todas as situações, o que parece claro, inclusive, dado o caráter mutável da sociedade e com isso de situações possíveis. Um dos defensores desta posição é Locke: “§ 160. Este poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele, é o que se chama de prerrogativa. Em alguns governos, o poder encarregado de legislar não existe permanentemente, e em geral é exercido por muitos e é muito lento em vista da celeridade exigida na execução; além disso, como também é impossível prever e, portanto, ter um provimento de leis para atender a todos os acidentes e todas as urgências que podem dizer respeito aos negócios públicos, ou fazer leis que jamais se arrisquem a ser nefastas se aplicadas com um rigor inflexível, em todas as circunstâncias, a todas as pessoas que entram em seu campo de aplicação, o poder executivo guarda por isso uma certa liberdade para realizar muitos atos discricionários que não estão previstos na lei” (LOCKE, 2006, p. 182) Notar que a autorização à discricionariedade não é feita tendo por pano de fundo uma situação de crise, mas o caráter incompleto do ordenamento jurídico. Além disso, Locke constrói uma justificação do direito de resistência quando há exercício do poder para além do direito e sem considerar o bem público. Com isso quero frisar que a defesa de Locke da prerrogativa não ter por finalidade pensar uma concentração de poderes, mas suprir uma lacuna intrínseca ao direito.

Embora possam ser trazidos outros argumentos e objeções a partir do “*Anti-Emergency Constitution*” as principais preocupações podem ser resumidas em duas: a erosão dos direitos e a normalização de procedimentos excepcionais, ou seja, a expansão temporal e espacial de aplicação das normas excepcionais. Isto é particularmente relevante porque se a crise ocorre em um local e tempo (supostamente) definidos, a normalização consiste justamente em apagar estas referências e expandir no espaço e no tempo de modo que a emergência passe a conviver com a normalidade. Com isso, haveria a conseqüente influência de preceitos tidos por excepcionais na legislação ordinária.

Tal fato pode ser exemplificado com o terrorismo na Irlanda do Norte. O Parlamento Britânico adotou o Ato de Prevenção ao Terrorismo em 1974 como um ato temporário imediatamente após a explosão de uma bomba em um pub de Birmighan, a qual causou a morte de 21 pessoas. Pela primeira vez, uma legislação feita para o conflito na Irlanda do Norte foi utilizada na Grã-Bretanha e acabou sendo introduzida no sistema legal após poucos debates, não obstante as mudanças trazidas ao ordenamento (GROSS, 2003, p. 1033). Além disso, a lei sofreu emendas em 1975 e 1983, e foi reeditada em 1984 e em 1989 tornou-se permanente.

No mesmo contexto de combate ao terrorismo na Irlanda do Norte também pode ser citado a feitura do *Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland)* de 1922 o qual foi elaborado para o prazo de um ano, mas depois de prorrogações anuais tornou-se permanente (GROSS, 2003, p. 1074 e TAVARES, 2008, p. 87).

Embora tenha escolhido alguns cortes temporais que talvez não sejam representativos da história política e jurídica da Irlanda, apresento outra lei que serve como exemplo da “contaminação” do direito comum pelo emergencial. Em 1988 o Reino Unido adotou o *Criminal Evidence Order (Northern Ireland)*, o qual previa medidas repressivas excepcionais para o controle do terrorismo, sendo que a principal medida foi a limitação do direito ao silêncio dos suspeitos e defensores nos interrogatórios policial e judicial. O argumento governamental foi o da sistemática falta de cooperação com a polícia que dificultava as investigações de atos terroristas. O debate público anterior à promulgação foi feito tendo por base as “atividades terroristas” (conceito no qual a maioria da população não se encaixa). Entretanto, o texto legal não se restringiu aos atos terroristas. Além disso, a lei não foi feita na perspectiva da legislação de emergência, mas como lei criminal ordinária, e com isso a restrição ao direito ao silêncio foi interpretada como relacionada a todo suspeito criminal ou defensor da Irlanda do Norte. Seis anos depois, o governo britânico resolveu estender as provisões ao restante do Reino Unido (GROSS, 2003, p. 1087).

Se a hipótese de criar uma constituição de emergência, ou mesmo leis de emergência, parece trazer riscos concretos ao sistema jurídico, passo a discorrer acerca de outra hipótese de lidar com situações de crise: o agir fora das leis. Esta hipótese é apresentada por Oren Gross em um artigo cujo título é bastante enfático: “*Chaos and Rules: should responses to violent crises always be constitutional?*”. É a partir deste mote – se as respostas devem sempre ser constitucionais – que apresento a síntese da argumentação de Gross.

1.2.2 À procura de respostas constitucionais a uma questão inconstitucional: caos e ordem

Antes de passar aos argumentos de sua hipótese – que nem sempre a resposta às crises deve ser constitucional - Gross apresenta alguns modelos de como o direito poderia lidar com a situação excepcional, ao tempo em que mostra as insuficiências dos mesmos. É precisamente este exame que passo a fazer.

Gross diferencia dois modelos jurídicos principais de resposta às crises: o primeiro prega que não devem existir mudanças de quaisquer tipos, ou seja, que o direito deve ser aplicado da mesma maneira em tempos de normalidade e de crises. Isso significa que não deve haver modificações no sistema constitucional, nem permanentes e nem *ad hoc*. O segundo modelo considera que o ordenamento deve permanecer o mesmo, mas com algumas acomodações. Dentre os dois modelos há algumas possibilidades, o que em outros termos significa que há outras configurações possíveis. Ambos os modelos “primários” têm sérios inconvenientes, sobretudo, o de considerar a convicção que existe uma linha clara e definida entre exceção e normalidade, e que esta pode ser apreendida. Segundo Gross a situação de crise tende a se espalhar tornando difícil diferenciar o que é normal e o que é extraordinário.

Antes de apresentar as falhas apontadas por Gross em relação aos dois modelos de resposta às crises, destacarei algumas vantagens de tais modelos. A teoria que rejeita modificações em épocas de crise tem a vantagem de dificultar a normalização de medidas excepcionais, o que é mais fácil de ocorrer quando há a incorporação de tais medidas na legislação, ainda que a título provisório. Esta postura tem amparo em algumas decisões judiciais como a proveniente do caso *Ex Part Milligan*, na qual o Juiz Davis escreveu que as leis devem ser as mesmas em tempos de paz e de guerra. Podemos pensar que esta alternativa tem influência da ditadura romana, pois segundo Schmitt (1968, p. 37), “o *dictador* não pode modificar as leis existentes, não pode derogar a Constituição e nem a organização dos poderes públicos, nem fazer leis novas (*fare nuove leggi*)”. Estas limitações mais uma vez

reafirmam que os mecanismos que pretendem lidar com situações de crise não podem ser considerados simplesmente tirania, mas uma forma de preservação da constituição.

Em relação à segunda posição, a vantagem é que, dado o fato de que medidas específicas devem ser adotadas, é melhor alterar pontualmente alguns itens, acomodando as necessidades engendradas pela crise com o ordenamento normal e com isso manter a coerência do direito. Aqui haveria um maior respeito ao princípio da legalidade, pois todas as acomodações, ainda que temporárias, estariam previstas na legislação, e com isso haveria maior possibilidade de previsão e controle. A teoria da acomodação vale tanto para a interpretação judicial, quanto para o processo de legislação e medidas executivas. Claro que em cada tipo de acomodação há algumas especificidades, como há em tempos de normalidade, entretanto, o que deve ser reforçado é que a atuação conjunta de mais de um tipo de acomodação coloca em sérios riscos o retorno ao que se considera “ordenamento normal”. Embora não se possa afirmar de antemão que tal dificuldade seja danosa, ao menos se explicita que as eventuais mudanças no ordenamento jurídico devem ser acompanhadas de debates democráticos, justamente o que é bastante prejudicado em situações emergenciais.

A principal crítica ao primeiro modelo (de impossibilidade de modificação das leis) é que este adota um viés hipócrita, pois se sabe que a legislação normal não consegue atender as necessidades de uma situação de crise com suas demandas específicas – ao menos esta é a posição do autor – e a não autorização de mudança legal seria um catalisador para o uso de medidas extra-legais, ainda que não permitido teoricamente. Com isso, o “direito nos livros” permaneceria o mesmo, enquanto que o “direito em ação” seria alterado, com o agravante de que como a mudança não é vista como tal, escasseiam as formas de controle das medidas excepcionais. Outra crítica é a que considera tal postura como utópica e inocente. Esta objeção pode ser respondida pelo caráter simbólico de algumas posições adotadas. Assim, mesmo que se saiba que alguma modificação será inevitavelmente necessária, autorizá-la seria solapar a força do direito. Portanto, negar a possibilidade de mudanças legislativas significaria uma tentativa de reafirmar a força do direito.

Sobre o segundo modelo (as formas possíveis de acomodação), uma crítica que pode ser feita é que tais acomodações não ocorrem de forma consensual. O trabalho judicial é feito através da decisão de casos concretos em que há um balanceamento entre custos e benefícios a fim de apoiar a restrição de determinados direitos. No caso judicial fica bastante claro que nem sempre as decisões que reforçam os poderes governamentais são tomadas levando em consideração alguma teoria de acomodação, mas que muitas decisões são tomadas por um

papel frágil do judiciário – este aspecto será abordado ao trazer o exemplo nacional de utilização do ES.

No caso legislativo, as acomodações em geral ocorrem com muita rapidez e sem um efetivo debate⁵⁰, o que traz sérios questionamentos sobre a legitimidade de tais medidas, que segundo os próprios governistas ameaçam se tornar regra. Neste sentido, significativa a fala do então vice-presidente norte-americano Dick Cheney: “Muitas das medidas que fomos obrigados a tomar se tornarão permanentes na vida americana, fazendo parte de uma nova ‘normalidade’” (DAL RI JR, 2006, p. 301).

No caso do executivo a explicação é ainda mais difícil. Isto porque ao se embasar ações executivas que sejam além ou fora da lei, como as cometidas por Lincoln, corre-se sério risco de se estar justificando ações dúbias e que também poderiam ser consideradas ditatoriais. Até porque ao contrário das decisões judiciais e das decisões legislativas em que há, em maior ou menor grau, participação popular, na decisão do executivo, a aprovação pode ocorrer somente *a posteriori*, ou seja, primeiro atua e depois ocorre a busca pelas motivações teóricas. Para os defensores desta alternativa a não ratificação das ações governamentais engendra responsabilização (civil e penal) aos agentes. Entretanto, não se trata aqui simplesmente de responsabilidade civil do Estado, mas da defesa dos valores constitucionais, o que questiona a simples responsabilização de tais atos arbitrários e restritivos de direitos e garantias fundamentais como uma forma de mitigação dos mesmos.

Por fim, as objeções principais são: que o primeiro modelo é utópico demais e o segundo é sem princípios e apologético do uso de expedientes emergenciais. A partir dessas críticas, Gross propõe o “Modelo de Medidas Extra-Legais”. Este modelo pretende evitar tanto a normalização da emergência quanto dar uma resposta efetiva – e sem comprometimento do ordenamento legal – à crise. Ele se baseia em um modo de combinação dos dois modelos precedentes. Um dos argumentos mais interessantes invocados na defesa de sua proposta refere-se à responsabilidade do governante, que não é tanto a de seguir a lei, mas a de proteger o Estado⁵¹ – a apresentação destas duas situações como oposição pode ser

⁵⁰ Cabe citar neste aspecto o processo de aprovação do USA PATRIOTIC ACT o qual foi usado de forma absolutamente midiática, a começar pelo nome, o qual significa “*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*” ou em tradução livre “Unindo e Fortalecendo América através do Provimento de Meios Requisitados para Interceptar e Obstruir o Terrorismo”. Sobre o processo legislativo, a lei foi aprovada em 26 de outubro de 2001 e apesar das modificações substantivas na defesa das garantias individuais houve poucos debates (o que pode ser observado até pela data de aprovação, cerca de 45 dias depois dos ataques terroristas de 11/09). A aprovação na Câmara dos Representantes contou com 356 votos a favor e 66 contra. No dia seguinte foi aprovada no Senado com 98 votos a favor e 1 contra. Para uma análise mais detalhada das mudanças trazidas por este dispositivo legal – e pelo *Homeland Security Act* – Lei de Segurança Interior – consultar DAL RI JR, 2006.

⁵¹ Lembrar do texto o “Führer protege o Direito” de Carl Schmitt no qual o autor alemão faz uma defesa da proteção efetuada pelo Führer enquanto soberano.

considerada como uma espécie de pressuposto para pensar as circunstâncias excepcionais. Assim, mesmo que o governante aja em desconformidade com a lei, e mais, mesmo que suas ações não sejam aprovadas pela população, ele está cumprindo sua obrigação em ações marcadas pela ética da responsabilidade⁵², em um sentido weberiano.

Gross considera que sua proposta não é utilitarista, pois leva em conta o valor moral das decisões, ainda que não necessariamente legais. E para isso ele adota a necessidade de ratificação efetuada pelo público das ações governamentais – o que altera a teoria tradicional da LM, pelo fato de que nesta a ratificação é feita pelo Congresso e não diretamente pela população. Na teoria de Gross as atitudes extra-legais podem ser tomadas por agentes governamentais e não somente pelo presidente. Este esquema de ratificação padece do mesmo problema apontado acima, qual seja, o fato de que em momentos de emergência a população está amedrontada demais para possibilitar um debate efetivo – se um dos problemas acerca da democracia é justamente a dificuldade de que um debate neste moldes ocorra em tempos de normalidade, em situações extremas é ainda mais difícil. Portanto, pressupor que a manifestação popular possa ser um freio adequado ao abuso do poder parece levar muito pouco em consideração as dificuldades provocadas pelos sentimentos catastróficos que sempre emergem em situações de crise.

Além da ética da responsabilidade, Gross também pauta-se pela noção de prerrogativa de John Locke, presente em “O Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, segundo a qual, prerrogativa “não é nada mais do que o poder de fazer o bem público sem uma regra” (LOCKE, 2006, p. 185; GROSS, 2003, p. 1102). Ao mesmo tempo em que afirma ser o modelo lockeano um protótipo do modelo Extra-Legal, considera que ele é falho por não impor a ética da responsabilidade ao público, além de não criar barreiras firmes contra o uso comum dos poderes extra-legais. Ressalto que um dos problemas visto por Gross na teoria lockeana da prerrogativa está no papel desempenhado pela confiança no governo em geral, e especificamente em tempos de emergência. É esta confiança dada de início que Gross pretende substituir pela ratificação posterior.

Sobre a ética da responsabilidade, Gross argumenta que aqueles que escolhem a política como vocação – este também um termo weberiano – devem estar prontos para violar os princípios fundamentais e valores, se tal violação é genuinamente para o bem da

⁵² Na explicação da ética o sociólogo Max Weber desenvolve o conceito de dois tipos ideais: a ética da convicção e a ética da responsabilidade. Enquanto no primeiro tipo o catalisador da ação é a convicção do agente, no segundo é a responsabilidade em relação à sua função. É a diferença entre os dois tipos que torna possível agir de determinada maneira, pautado na responsabilidade, mesmo sem a convicção do ato. É interessante comparar estes tipos com o que Hannah Arendt designou como banalidade do mal ao se referir à Adolf Eichman, funcionário responsável pela logística de envio dos judeus aos campos de concentração nazistas.

comunidade como um todo⁵³. Esta justificativa mostra a dificuldade de lidar com termos utilitaristas e tentar agregar-lhes um sentido moral. E aqui novamente aparece o problema das “mãos sujas”, pois Gross defende que o político moral cometerá as ações necessárias – ainda que imorais – assumindo a responsabilidade ou, em outros termos, que suas mãos estão sujas. Assumir tal responsabilidade não significa abster-se das conseqüências, pois mesmo que a ação seja, de fato, necessária, pode não ser ratificada pela população e, assim, engendrar a responsabilidade dos agentes.

É relevante esta distinção entre a esfera da necessidade e a da responsabilidade, pois mostra que a necessidade não somente pode ser distinta da legalidade, como também que a necessidade não torna legal o ilegal. Podemos perceber que a premissa existente nas teorizações sobre situação de emergência é que a lei é vista como empecilho ao cumprimento dos atos necessários à manutenção dos “padrões civilizacionais” e, assim, caberia ao soberano – ou seus comissários – decidir pela resolução das crises, deixando o cumprimento estrito do direito para situações ordinárias. Dado o fato de que todos os autores (interlocutores nesta escrita) – e a própria experiência histórica – mostram que normalidade e excepcionalidade não são apartadas, mas estão sempre conectadas; cabe perguntar: quando as leis seriam cumpridas já que não podemos ver algo como uma “normalidade por excelência”?

Embora Gross apresente outros argumentos e exemplos, trouxe somente os mais relevantes e diretamente relacionados à (im)possibilidade do constitucionalismo lidar com situações excepcionais. A despeito da discussão ter sido feita a partir do constitucionalismo norte-americano ela é pertinente e relevante também para a análise do direito pátrio. Para tanto apresento os momentos da história constitucional brasileira, em que o ES foi uma medida utilizada pelo governo, particularmente pelos presidentes Floriano Peixoto e Artur Bernardes, o qual entre os anos de 1922-1926, utilizou-se abusivamente do mesmo.

⁵³ Duas críticas principais devem ser apresentadas. A primeira é o que deve ser considerado como um bem para a comunidade, o que o acréscimo do termo “genuíno” não esclarece, ao contrário, possibilita que a questão ganhe uma nova complexidade: genuíno para o que infringe as regras, para a sociedade, ou percebido como tal? Além disso, pode-se argumentar que o bem para a sociedade não autoriza a violação de direitos de uma minoria, pois os direitos têm papel de trunfo contra a maioria, de modo que nem mesmo deliberações democráticas poderiam restringir tais trunfos.

1.3. BRASIL, 1891 - 1926 OU QUANDO OS MECANISMOS DE EXCEÇÃO SE TORNAM REGRA

A escolha do período é feita pelo fato de que a República brasileira, em seu momento inicial até a chamada revolução de 30, fornece uma análise privilegiada da relação entre a formação da ordem do “Estado de Direito” moderno e a exceção a esta mesma ordem.

A ampla utilização do ES neste momento de república nascente nota-se quando entre os doze presidentes do período, somente os presidentes Campos Sales, Afonso Pena, Nilo Peçanha e Delfim Moreira não o invocaram⁵⁴. Embora o período de análise seja o de 1891 à 1926, a maior atenção será dada ao governo do Marechal Floriano Peixoto – quem primeiro invocou o instituto – e ao governo de Artur Bernardes que mais utilizou o ES, além de ter criado um campo de internamento^{55 56} na fronteira com a Guiana Francesa. Seu governo (1922-1926) teve a incrível marca de 1.287 dias em ES, de forma que não parece exagerado considerar que este foi caracterizado pela excepcionalidade em todo seu período.

1.3.1 O Estado de Sítio nos governos de Floriano Peixoto e Prudente de Moraes

A Constituição brasileira de 1891 adotou o ES e previu textualmente sua utilização em casos de: 1) agressão por forças estrangeiras e 2) comoção interna (intestinal). Antes de completar um ano de sua promulgação o ES começou a ser utilizado⁵⁷. O Vice-Presidente

⁵⁴ Sobre os presidentes no período e a quantidade de dias sob estado de sítio em cada governo, ver tabela presente no anexo 2.

⁵⁵ No período citado houve a utilização de vários espaços que podem ser caracterizados como campos. Uma discussão mais aprofundada sobre o conceito de campo e sua relação em relação a outros espaços de confinamento (como prisões) será realizada no terceiro capítulo.

⁵⁶ Além do envio para locais na região norte/nordeste como Fernando de Noronha, Cucuí e Tabatinga – Amazonas, podemos encontrar campos na região do Ceará para barrar o ingresso de migrantes e com isso não prejudicar o projeto de construção da capital no padrão *belle époque* (principalmente Campo de Concentração do Alagadiço), segundo Neves em 1932 nos campos cearenses havia cerca de 105 mil flagelados. Além disso, no período da Segunda Guerra Mundial houve campos de internamento no Brasil para os “súditos do eixo” notadamente italianos, alemães e japoneses. Estes campos ocorreram em vários estados brasileiros e tinha como internos principalmente a população civil. Para mais informações sobre os assuntos consultar NEVES, 1995 e 2001; e PERAZZO, 2009.

⁵⁷ Artigo 80 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891):

“Art 80 - Poder-se-á declarar em ES qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestinal (art. 34, nº 21)

§ 1º - Não se achando reunido o Congresso e correndo a Pátria iminente perigo, exercerá essa atribuição o Poder Executivo federal (art. 48, nº 15).

§ 2º - Este, porém, durante o ES, restringir-se-á às medidas de repressão contra as pessoas a impor:

1º) a detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns;

Floriano Peixoto o invocou pela primeira vez em 1892 com o objetivo de suspender as garantias constitucionais. Também se utilizou do instrumento do desterro⁵⁸ (então previsto na Constituição) para envio de funcionários públicos, senadores, deputados e oficiais das forças armadas para o norte do país. Nesta ocasião, Rui Barbosa atuou como advogado dos desterrados submetendo um *HC* ao Supremo Tribunal Federal, o qual foi rejeitado.

A utilização do ES pelo Marechal Floriano Peixoto foi feita com tanta frequência, que no período de três anos (1891-1894) totalizaram-se 295 dias sob situação de sítio. Esclareço que muitos dos decretos que instituíram o ES eram espacialmente restritos, não abrangendo todo o território nacional. Nestes períodos politicamente conturbados, os poderes judiciário⁵⁹ e legislativo não atuavam o suficiente para deter a constante suspensão de garantias individuais, de forma que o executivo de fato se tornou protagonista de uma situação que desequilibrou a separação de poderes – a qual nunca foi muito efetiva no país, como pode ser intuído pela existência anterior de um Poder Moderador⁶⁰, cuja principal função era justamente calibrar o

2º) o desterro para outros sítios do território nacional.

§ 3º - Logo que se reunir o Congresso, o Presidente da República lhe relatará, motivando-as, as medidas de exceção que houverem sido tomadas.

§ 4º - As autoridades que tenham ordenado tais medidas são responsáveis pelos abusos cometidos.”

⁵⁸ O desterro era previsto na Constituição como possibilidade de utilização no ES, e não seria confundido com as penalidades previstas pelo Código Penal de 1890, quais sejam: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, interdição, suspensão e perda de emprego público, com ou sem inhabilitação para exercer outro e multa (art. 43, CP 1890). A pena de banimento foi abolida pela Constituição Federal, art. 72 § 20. Mas cabe ressaltar que “a pena de reclusão será cumprida em fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares” (art. 47, CP 1890).

⁵⁹ Especificamente no caso do poder judiciário deve-se ressaltar que o STF havia acabado de ser criado, ainda funcionava sem sede própria e seus ministros haviam acabado de ser indicados. Estas considerações podem nos ajudar a entender as decisões dadas aos *HC* impetrados por ocasião da decretação do ES, ou seja, porque não decidiram mesmo aspectos que seriam de sua competência.

⁶⁰ O Poder Moderador foi originariamente desenvolvido por Benjamin Constant e defende que deve haver um poder neutro para dirimir os conflitos dos outros poderes. Não é um poder acima, mas no mesmo nível dos demais, com possibilidade de intervenção em alguns casos, especialmente quando houver alguma ameaça ao Estado e necessidade de sua defesa. Carl Schmitt, especialmente no livro “A Defesa da Constituição” (1998, p. 213-251) parte da teoria de Constant para considerar que o soberano é quem teria esta função de defesa da ordem constitucional em casos de grave ameaça. No Brasil a teoria foi aceita na Constituição de 1824 no artigo 98, onde se lê:

“Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.” Em continuidade:

“Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

“Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na forma do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

exercício dos três poderes, sem que houvesse a projeção de um com a conseqüente debilidade dos outros.

O ES no Brasil foi usado como um mecanismo policial, pois sua invocação era feita mais como forma de repressão policial à população do que em nome da proteção da República. Este aspecto é visto por Rui Barbosa (BARBOSA, 1946), para quem as circunstâncias que deram ensejo ao uso do instituto na ocasião da proposição do HC 300 não passaram de “chinfrim policial”, ou seja, nem ameaça de comoção intestina, muito menos de ameaça externa. O estado utilizava-se de um expediente de proteção da ordem para abafar e reprimir quaisquer questionamentos ao governo, além de eliminar da cidade categorias tidas por perigosas, independente de sua efetiva participação em revoltas. Um exemplo importante é o banimento dos praticantes de capoeira. Este jogo era considerado crime pelo Código Penal de 1890, e seus participantes além de presos, ainda poderiam ser desterrados sem que passassem por algum procedimento judicial⁶¹.

O uso do ES de forma indiscriminada neste período pode nos fornecer algumas chaves para compreender a configuração de nossa democracia, marcada desde o nascimento por mecanismos excepcionais⁶². Assim, a minha hipótese é que a utilização do ES é somente a face mais visível – mas nem por isso menos importante, já que confere uma aura de legitimidade – de atitudes autoritárias governamentais que marcaram a construção das instituições republicanas e que podem ser vistas ao longo da formação do Estado brasileiro, sobretudo através da relação deste com seus cidadãos, notadamente os considerados “indesejáveis da cidade”.

O início da república foi bastante caótico, especialmente se visto da perspectiva da capital. A população parecia apática e, assim, assistiu bestializada à proclamação da república.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.”

Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 12 jan. 2010.

⁶¹ “A prática de deportação, que era de uso generalizado também na Europa, mas no Brasil era feita sem nenhum processo, foi iniciada no final do Império com o envio de capoeiras para o Mato Grosso. Intensificou-se com a República. O chefe de polícia do governo provisório, Sampaio Ferraz, prendeu e desterrou para Fernando de Noronha, sem processo, uns 600 capoeiras. Muitos dos participantes da Revolta dos Marinheiros de 1910 foram mandados para o Amazonas.” CARVALHO, 1989, p. 179.

⁶² Apesar da questão exigir um estudo mais aprofundado, uma das hipóteses acerca do ES no Brasil é que as práticas governativas que se forjaram no início da república podem ser consideradas em continuidade, ou ao menos imersas em uma mesma racionalidade, que culminou com as ditaduras de Vargas, com o golpe de 64 e em certa medida permanecem, especialmente através de uma polícia autoritária e repressiva. Isto pode ser visto não somente no Brasil, mas em países com passado autoritário, pois se não houver alguma quebra (e aqui se pode pensar no papel da verdade e da memória, além da justiça de transição) nestas práticas, a tendência é a manutenção de autoritarismos mesmo na democracia.

Não obstante, a suposta apatia houve várias revoltas pontuais que eram consideradas pelo governo como desenvolvidas por marginais, vadios e não representativas da população, o que põe em questionamento o significado da cidadania neste momento de formação (de identidade nacional e política). Especialmente porque a construção da cidadania não foi espontânea e desta se excluiu setores da população. Não por acaso houve a construção de campos em locais desabitados significando a exclusão física efetiva dos indesejados.

No momento de início da República a utilização do ES se deu para o controle de manifestações, independente da (im)possibilidade de colocar em risco os próprios valores republicanos. A escolha do Marechal Deodoro da Fonseca para presidente da república foi marcada pelo temor de que em caso de derrota haveria fechamento do Congresso. A turbulência política e a interpretação da relação entre os poderes executivo, legislativo e judiciário pode ser analisada a partir do “Manifesto do Presidente da República” de 03 de novembro de 1891, no qual ele tenta justificar o fechamento do Congresso e se queixa da intervenção considerada indevida do legislativo que colocaria em risco a nação, ameaça esta que o presidente teria a responsabilidade de evitar⁶³. Ou seja, ao invés de considerar que o “*checks and balances*” contém em si uma tensão que lhe é intrínseca e lidar republicanamente com tal situação, o governo personalizou os dissensos e os considerou como ameaças, suprimindo de maneira autoritária o conflito. O manifesto do presidente foi seguido de documentos dos opositores que buscavam mostrar o fechamento do congresso como um ato autoritário, além de tratar o próprio presidente como déspota. Ao golpe segue-se um contragolpe – em 23 de novembro - com núcleos estaduais de resistência e articulação dos membros da Marinha (CARONE, 1983, p. 65). É em meio a esta situação de agitação política que Marechal Deodoro renuncia e em seu lugar assume o vice, Marechal Floriano Peixoto. Todavia, o art. 42 da Constituição de 1891 dispunha que: “Se, no caso de vaga, por qualquer causa, da presidência ou vice-presidência da República, não houver ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição” (LEVI in BARBOSA, 1956, p. XI). Ou seja, dado o fato de que Marechal Deodoro renunciou em 23 de novembro, dever-se-ia proceder a uma nova eleição para Presidente, o que não foi feito, em um procedimento de descumprimento constitucional que pode ser considerado como um golpe de estado. De novembro de 1891 até abril de 1892 houve uma série de incidentes políticos nos quais o governo agiu de maneira firme, até que em 10 de abril o Vice-Presidente, através do Decreto

⁶³ Novamente a questão da separação das funções aparece. Nas palavras do Marechal Deodoro da Fonseca: “(...) grupos radicais e intransigentes, para o fim de introduzir na obra constitucional idéias e princípios que transferissem para o Poder Legislativo a mais vasta soma de atribuições embora diminuindo e absorvendo muitas das quais são a essência e natureza do Poder Executivo” (MENSAGENS PRESIDENCIAIS, vol. 1, p. 30).

791, decreta ES no Distrito Federal com suspensão das garantias constitucionais pelo prazo de 72 horas⁶⁴ (LEVI in BARBOSA, 1956, p. XIV). Dois dias depois há um novo decreto de suspensão de direitos. O resultado prático desta decretação foi numerosas prisões, com o desterro de muitos dos presos para a região norte do país. É neste contexto de prisões efetuadas sob o ES que Rui Barbosa impetra o *HC* n. 300 ante ao Supremo Tribunal Federal, *HC* que teve 47 pacientes⁶⁵ e foi impetrado em 18 de abril de 1892. Neste *HC* Rui Barbosa chama o Supremo Tribunal Federal para se pronunciar em relação às prisões, com o argumento que caberia ao Judiciário a defesa dos valores democráticos e que pelo próprio momento inicial do órgão ele deveria assumir sua responsabilidade⁶⁶. Ademais, aduz os seguintes argumentos: i) de que o julgamento de criminosos é prerrogativa da Justiça Criminal e não do Poder Executivo; ii) de que alguns dos pacientes foram presos antes do decreto do ES (o que é ainda mais relevante porque alguns dos presos tinham prerrogativas funcionais, que como se sabe só autoriza prisão em flagrante); iii) que os fatos ocorridos não se encaixam na hipótese de comoção intestina, nem na de invasão externa, além de não ter seguido os requisitos constitucionais; iv) que as suspensões de direito previstas pelo ES só se aplicam na sua vigência, de forma que nenhuma prisão/desterro deveria perdurar para além do dia 13 de abril (quando foi revogado o decreto)⁶⁷. Apesar dos argumentos avocados, a decisão é contrária ao pedido, com o argumento principal de que o Poder Judiciário não tem competência para “apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo” (BRASIL, *HC* 300). Ou seja, o STF considera que não é competente nem para o julgamento político do ES (que de fato, é função constitucionalmente prevista do Congresso Federal) e tampouco do resguardo dos direitos individuais⁶⁸. O único argumento aceito pelo Supremo foi o de que as prisões efetuadas no

⁶⁴ O cenário que motivou tal decreto foi a manifestação na qual a oposição “presta homenagens” ao Marechal Deodoro a qual é utilizada contra o Marechal Floriano. Embora o episódio seja descrito por CARONE como “golpe”, BARBOSA considera que não havia possibilidade de concretização de nenhum golpe, inclusive pelo fato do Mar. Floriano estar de cama prestes a morrer.

⁶⁵ Dentre eles: quatro senadores, sete deputados, dois marechais, três oficiais superiores e 7 subalternos do exército, 4 oficiais da marinha, além do poeta Olavo Bilac, jornalistas, o antigo governador do Estado do Rio, Francisco Portela, dentre outros. (LEVI in BARBOSA, 1956, p. XVIII).

⁶⁶ Conforme trecho da petição inicial: “É a primeira vez, senhores juízes, que esse órgão tem de funcionar solenemente na mais delicada e na mais séria das suas relações com a vida moral do país, entre os direitos inermes do indivíduo e os golpes violentos do poder” (BARBOSA, 1956, p. 16). Em outros trechos da petição o patrono faz extensas comparações com o modelo norte-americano de controle, de forma a ressaltar a função do Poder Judiciário em coibir abusos do Executivo e Legislativo.

⁶⁷ Rui Barbosa refere-se aqui à “prisão supositícia” na qual o réu é intimado ou inscrito na vigência do ES, o que autorizaria sua prisão extemporânea.

⁶⁸ “Considerando que, ainda quando na situação criada pelo ES, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de

decorrer do ES, por não terem o mérito verificado, não podem ser cumpridas nos mesmos estabelecimentos para criminosos comuns. Rui Barbosa contribuiu significativamente na construção da doutrina e jurisprudência acerca do ES nas peças que elaborou como os *HC* contra prisões efetuadas no período excepcional. Assim, posso dizer que o judiciário saiu das coxias e protagonizou um papel importante na interpretação do ES. Houve também na época profícuas discussões legislativas acerca da conformação do ES. Assim, o *HC* 1063, por exemplo, fez parte da construção de sentido do ES. Este (segundo) *HC* foi proposto em 1898 por ocasião da decretação do ES efetuada pelo presidente Prudente de Moraes. Antes de trazer as circunstâncias fáticas que engendraram a sua utilização cabe ressaltar que ainda havia certa instabilidade política e o tema de Canudos ainda estava bastante forte, dentre outras revoltas ocorridas no país⁶⁹.

Em relação aos conflitos existentes no período, o governo Prudente de Moraes enfrentou grande desconfiança por uma suposta tolerância com os grupos restauracionistas. O ato que desencadeou a decretação do ES por Prudente de Moraes foi o atentado no qual morreu o Ministro da Guerra, Machado Bittencourt, cujo alvo era o próprio presidente. O decreto foi previsto por um período de 30 dias (posteriormente prorrogado) e atingia o Distrito Federal e Niterói⁷⁰.

A justificativa para o pedido do ES baseou-se nos intuitos do atentado e na existência de uma conspiração contra a estabilidade do Governo da República. Muitos políticos foram presos acusados da participação no planejamento do atentado, e embora alguns tivessem sido soltos por falta de provas, outros são desterrados e mandados para Fernando de Noronha. Após o término do ES é que Rui Barbosa ingressa com o *HC* n. 1063, cujo argumento

segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende, salvo se unicamente tratar-se de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do Congresso.” BRASIL, HC 300.

⁶⁹ Canudos foi a união de um grupo com viés milenarista cuja associação foi vista como um risco à República e foi dizimado - não sem antes vencer várias expedições governistas, o que foi visto como incompetência na preparação e execução de tais expedições. O que o episódio de Canudos possibilita notar (entre tantos outros temas possíveis) é a tensão entre a República e a Monarquia, que em nome de uma defesa da primeira cometiam-se assassinatos e ataques aos considerados partidários da segunda.

⁷⁰ Conforme mensagem do Presidente transmitida ao Poder Legislativo: “Para manter a ordem, restabelecer a tranquilidade e fazer cessar a profunda comoção produzida por este gravíssimo atentado, mediante o emprego das medidas e providências que só o ES autoriza, nos termos do art. 8º da constituição, o Decreto legislativo n. 456, de 12 de novembro declarou em ES por 30 dias o Distrito Federal e a comarca de Niterói, do estado do Rio de Janeiro. Por subsistirem, atuando com a mesma intensidade, os motivos que determinaram aquele Decreto legislativo, no exercício da atribuição conferida pelo art. 48 § 15 da constituição, prorroguei o ES ali decretado até 23 de fevereiro deste ano” (MENSAGENS PRESIDENCIAIS, vol 1, p. 174). Aqui fica claro que a prorrogação dava-se sem maiores cuidados com a verificação da permanência das causas que motivaram a decretação, pois do dia 12 de novembro até dia 23 de fevereiro é um espaço de tempo longo para a manutenção do ES na Capital da República.

principal era o de que terminado o ES não poderia subsistir a prisão, no entanto, foi derrotado⁷¹.

Não obstante o indeferimento, logo em seguida foi impetrado o *HC* n.1073 para os mesmos pacientes, e dentre os patronos, Costa Barradas, ministro aposentado do Supremo e antigo relator do *HC* 300 (TAVARES, 2008, p. 214). Este argüiu basicamente os mesmos pontos que como julgador havia rejeitado. Não apenas o pedido foi aceito pelo Supremo como o próprio Rui Barbosa foi citado na decisão para justificar a mudança de argumentos. A decisão claramente desagradou Prudente de Moraes, quem declarou nas Mensagens Presidenciais que: “não dissimulo que foi grande minha decepção, vendo a ação do Poder Judiciário contrapor-se, desta sorte, aos efeitos de uma medida que o governo reputava indispensável, como garantia da ordem e, além disso, apoiada nas próprias decisões anteriores do próprio STF” (CARON, 1983, p. 183). Embora de forma aparentemente exagerada, o episódio é tratado em documento elaborado pela Secretaria de Documentação do STF como “decisão do Supremo que quase provocou a renúncia de um presidente da república” (MELO FILHO, 2007, p.14).

A decisão do Supremo engendrou diversas conseqüências políticas, a começar pela mensagem presidencial ao Congresso Nacional de 03 de maio de 1898, acima citada, e a resposta dos Ministros foi uma moção de protesto (moção que foi vencida por 6 votos a 4) contra a fala do presidente (que em sua mensagem fizera graves acusações ao Tribunal, não só do erro da decisão, mas também do apoio dado pelo tribunal aos “criminosos” e a suposição de que a decisão foi dada por paixão partidária) (RODRIGUES, 1965, p. 124). Além da mensagem presidencial, que já demonstrava a precariedade da independência judicial – e de forma mais ampla, da divisão de poderes – a imprensa governista começou ampla campanha contra o STF. Ademais houve alguns projetos (malogrados) contra o STF: em julho de 1898 houve tentativa de mudar as férias forenses do natal de janeiro à abril, inclusive, o que supõe concluir que o objetivo em deixar o órgão maior do judiciário nacional em férias durante 1/3 do ano era diminuir sua influência em assuntos políticos. Outro projeto apresentado foi o de uma reforma do STF, além de um projeto de lei estipulava mudanças – maléficas – na aposentadoria dos ministros (RODRIGUES, 1965, p. 133).

⁷¹ “Assim, firmado este princípio, segue-se o seu consectário de que os efeitos do ES não se extinguem, com relação às pessoas que por ele foram atingidas, se não depois que o Congresso conhecer dos atos praticados pelo chefe do Poder Executivo.” BRASIL, acórdão *HC* 1063. Esta posição, logo depois reformada, é bastante interessante, pois distingue a duração do ES em si, e o de seus efeitos, que poderiam permanecer vigentes por um grande período, o que virtualmente tornaria o ES não temporal, mas permanente (ao menos para os que tivessem seus direitos limitados).

Apesar das tentativas de reduzir a autoridade da decisão, inegavelmente houve uma mudança da jurisprudência no sentido de que as teses sustentadas desde 1892, por Rui Barbosa, foram aceitas (e é irônico que tenha sido por intermédio de um Ministro aposentado, indicando que a capital simbólico tem uma grande força no debate jurídico-institucional).

Judicialmente ainda foram debatidas outras questões sobre o ES no âmbito do STF. Outro julgamento importante acerca do assunto ocorreu em 1914 na vigência do ES proclamado na República Velha. Mas antes de analisar esta situação, será apresentando brevemente a utilização do ES em outros governos.

No governo Rodrigues Alves houve uma tentativa de modernização da capital nacional para se adequar aos padrões das metrópoles internacionais, entretanto esta modernização não se deu sem conflitos, pois influenciou enormemente a população pobre, seja pelas campanhas de vacinação – como uma expressão das campanhas higienistas⁷², além do desalojamento desta população do centro da cidade, para ampliação das vias e destruição dos cortiços. É interessante notar que as reformas que tanto modernizaram o Rio de Janeiro – e excluíram os indesejáveis da cidade em nome desta modernização – foram feitas em um esforço conjunto do Presidente da República com o prefeito Pereira Passos, o qual enquanto representante da “ditadura financeira” age livremente em um período de plenos poderes, no qual decreta medidas que mudam bruscamente a forma de vida da população pobre (CARON, 1983, p. 213). É neste contexto, além da crise econômica que faz aumentar o custo de vida, que ocorrem as revoltas – populares e militares – em 1904. A utilização do ES ocorre antes para permitir a investigação sem que fosse “obstada” pelas imunidades parlamentares, e menos para a contenção dos movimentos revoltosos (PIVATTO, 2006, p. 87). O projeto que decretou o ES foi aprovado em 16 de novembro de 1904, e prorrogado por 30 dias em 13 de dezembro do mesmo ano, e novamente foi prorrogado até 18 de março de 1905⁷³. Para o presidente Rodrigues Alves, o ES significava suspender “todas as garantias constitucionais. Não o compreendo de outra forma, pois ele foi criado, como um estado de exceção, para resguardar a

⁷² A política higienista visava prevenir e controlar doenças como febre amarela, peste bubônica, varíola, disenteria, dentre outras doenças endêmicas que ocorrem tanto no litoral quanto no interior e causam graves prejuízos financeiros. Para combatê-las é aprovada lei que confere plenos poderes aos organismos sanitários: “as autoridades podem demolir e arrasar construções; os casos pendentes são resolvidos por um juiz especialmente instituído e a justiça comum não funciona neste caso; e os danos podem ser reclamados pelos interessados” (CARON, 1983, p. 215).

⁷³ Mensagem presidencial para justificar a prorrogação: “Foi meu intuito, assim procedendo, assegurar a ordem pública contra maus elementos conhecidos e impedir que a demora no preparo dos processos instaurados contra os indivíduos responsáveis por aqueles acontecimentos pudesse acarretar soluções contrárias a grandes interesses sociais e políticos profundamente afetados. [...] O governo não se utilizou dessa prorrogação para medida alguma de caráter extraordinário e todos os direitos se exerceram livremente, sendo decretada a suspensão do ES no momento em que se tornou desnecessário à segurança da república.” (MENSAGENS PRESIDENCIAIS, vol. 1, p. 351).

ordem pública que é interesse supremo da sociedade, contra as convulsões provocadas por grandes crises. Desde que, porém, os espíritos têm divergido tanto e variado a jurisprudência dos tribunais, convém que o poder legislativo esclareça a si — como um estado de exceção, para resguardar a ordem pública, que é perturbada por violentas comoções, tenha de ser mantida, desapareça a possibilidade de qualquer conflito entre os poderes da república”. (MENSAGENS PRESIDENCIAIS, vol. 5, p. 352). Ou seja, o ES é visto por ele como absoluto – no sentido de suspensão de todas as garantias constitucionais – e é significativo que ele use o termo “estado de exceção” (obviamente com um significado distinto do que é dado por Giorgio Agamben e seguido neste trabalho), pois mostra a abrangência que ele dava a figura constitucional, que envolveria toda a sociedade, e conseqüentemente também os três poderes e a relação entre eles.

Passo agora a analisar o posicionamento do Supremo na decretação do ES em 1914 – decretado pelo poder executivo dia 4, e prorrogado pelo de 31 de março deste ano, abrangendo o território do Distrito Federal e das comarcas de Niterói e Petrópolis. Através do HC n. 3.537, o Supremo foi provocado a se pronunciar sobre alguns aspectos do ES como: i- a inconstitucionalidade da decretação por ausência dos motivos que a autorizaram; ii- a competência do Supremo para decidir a questão; iii- como consequência da inconstitucionalidade da decretação, o pedido de libertação dos pacientes do HC. A decisão do Supremo foi no sentido de indeferimento do pedido, mais uma vez com o argumento de que não cabe a si verificar a (in)constitucionalidade da decretação, pois esta é tarefa constitucionalmente assegurada ao Congresso Federal. Não obstante, o Min. Pedro Lessa proferiu um voto contrário e para fundamentar sua discordância usou comparações principalmente com a Suprema Corte Americana e seu papel de intérprete da constituição e de sua responsabilidade em defender os direitos individuais. Inclusive citou casos famosos daquela Corte como o *Ex part Milligan*⁷⁴, ocorrido na Guerra da Secessão.

O período do governo de Artur Bernardes, o qual passo a analisar, foi marcado pela utilização constante do ES como forma de limpeza da cidade. Neste sentido, pode-se dizer que nele a exceção rouba a cena (e se torna regra).

⁷⁴ A Suprema Corte norte-americana teve várias oportunidades de decidir acerca de situações excepcionais, desde a Guerra da secessão, passando pelos campos de internamento de japoneses ou seus descendentes (ainda que cidadãos norte-americanos) e mais atualmente sobre o tratamento aos internos do campo de Guantánamo e dos presos por tempo indeterminado, a jurisprudência é fonte bastante relevante de estudo. No caso citado, Milligan é preso no estado de Indiana com outras pessoas acusadas de planejar um roubo de armas, mas o julgamento só ocorreu em tempos de paz, assim o que a corte decidiu sobre o funcionamento de tribunais militares assim como o uso de HC em situações excepcionais.

1.3.2 O Estado de Sítio no governo de Artur Bernardes

A posse de Artur Bernardes ocorreu em clima de insegurança por conta do movimento constitucionalista de 22. A utilização do ES em seu governo, dando continuidade ao que ocorrera nos governos anteriores teve um caráter marcadamente “preventivo”, o que eufemisticamente significa que era utilizado sem que houvesse a situação fática que autorizasse (e daí a sua peculiaridade). Em suas palavras “o governo entende que o melhor é prevenir a desordem, eliminando-lhe as causas, do que reprimi-la.” (MENSAGENS PRESIDENCIAIS, vol. 5, p 15). De acordo com CARONE (1983, p. 373), “na realidade, mantêm-se medidas discricionárias do período anterior, o que significa que a violência aparece para as oligarquias como solução aos atos revolucionários das classes médias – civis, militares – e operários. O processo de repressão é tão violento, que nunca em períodos anteriores o governo enfeixara tantos poderes excepcionais. Apesar de alguns votos contrários, o Congresso renova continuamente o estado de sítio: Epitácio Pessoa conseguira a sua prorrogação até 31 de dezembro de 1922 e, agora, Artur Bernardes a prolonga até abril de 1923 e, pela segunda vez, até 31 de dezembro de 1923”. Ou seja, o ES foi utilizado de forma absolutamente rotineira, fragilizando a sua própria estrutura, a qual é de servir como meio absolutamente excepcional de proteção dos valores republicanos e democráticos, e não uma modalidade privilegiada do Direito Penal⁷⁵. E é especialmente a confusão entre a defesa constitucional e as categorias do Direito Penal (notadamente culpabilidade e penalidade) que marca o período, fragilizando sobremaneira a defesa das garantias individuais – que já eram bastante débeis. Singular para compreensão do modo de se fazer política é a perseguição aos críticos, de qualquer espécie, inclusive a imprensa, que se vê constantemente ameaçada pelo governo. A criação de uma nova lei de imprensa – conhecida como “lei infame” é negociada como resultado da não prorrogação do ES - em dezembro de 1923 (CARONE, 1983, p. 379). Além disso, nos discursos presidenciais fica claro que em todos os anos o presidente invoca a necessidade de diminuir as possibilidades jurídicas colocadas à disposição dos presos e

⁷⁵ Embora estivesse me referindo a confusão com o direito penal no sentido de propiciar investigação mais célere (pois sem oferecimento de defesa) e repressão de crimes, deve ser citado que o CP de 1890 tinha um título de “crimes contra a existência política da República” (título I dos crimes em espécie), que se desdobrava em: “Crimes contra a Independência, Integridade e Dignidade da Pátria”, “Dos Crimes Contra a Constituição da República e forma de seu Governo”, “Dos Crimes contra o Livre Exercício dos Poderes Políticos” e no Título II eram previstos os “Crimes contra a Segurança Interna da República”. Assim, parece válido considerar que o ES não era imprescindível para lidar com as muitas revoltas do período, pois o CP tratava extensamente do tema e criminalizava praticamente todas as condutas possíveis nesta seara. Como comparação cabe notar que isto perdurou até 1935 quando no governo Vargas tais crimes foram separados do CP e incluídos em uma lei: Lei de Segurança Nacional. Ver DAL RI JR, 2006.

também frisa a importância de simplificar a justiça. Nisso podemos ver uma tentativa de aliar o ES às mudanças estruturais no judiciário⁷⁶.

É precisamente no sentido de abafar quaisquer manifestações que o ES é invocado. O Código Penal de 1890 previa que seria reincidente o vadio ou vagabundo quem não encontrasse ocupação em um período de 15 dias, e determinava que o infrator seria “recolhido, por um a três anos, a colônias penais, que se fundarem em ilhas marítimas, ou nas fronteiras do território nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presídios militares existentes. Se o infrator for estrangeiro será deportado⁷⁷” (PINHEIRO, 1995, p. 89). Ou seja, mesmo sem a expressa menção ao desterro no Código Penal (este estava previsto no art. 80 da Constituição, ao tratar do ES), era utilizado como pena para certos crimes, cometidos pelos indesejados da cidade⁷⁸. Indesejados que pelo próprio crime (vadiagem) mostram quem é o “normal” e quem deve ser excluído. Interessante notar que a pena tinha, também, por finalidade a colonização em fronteiras como forma de proteção das mesmas em áreas conflituosas. Para PINHEIRO (1995, p. 89) “o fato é que o desterro, o recolhimento em colônias penais e as expulsões foram utilizados indiscriminadamente contra dissidentes políticos e contra a população pobre, não se percebendo muitas vezes entre um e outro contingente. Fazendo desaparecer os insatisfeitos, tinha-se a ilusão de que o fermento da revolta seria eliminado”.

O governo Artur Bernardes usou sistematicamente navios de prisioneiros, embora já tenha sido utilizado desde o governo do Marechal Floriano Peixoto – ocasião que engendrou a proposição do *HC* 300, anteriormente discutido. Os navios eram usados para levar os prisioneiros para os locais de desterro, com falta de higiene, de forma que depois da viagem muitos prisioneiros chegavam gravemente doentes. Considerando ainda que os locais de desterro eram inabitados e privados de recursos, podemos visualizar o que representava a

⁷⁶ José Ribas Vieira ao analisar o instrumento do *HC* (um instrumento importante para analisar a inclusão/exclusão cidadã) no período de 1926 à 1931 nota que a reforma constitucional feita em 1926 foi feita voltada a reforçar a solução de conflito no Poder Executivo (administração) em detrimento do Poder Judiciário, o que parece sugerir que os constantes apelos presidenciais foram atendidos, ao menos parcialmente. VIEIRA, in: RIBEIRO, 2008.

⁷⁷ Artigo 400 do CP de 1890, o qual dispõe sobre a reincidência no crime de vadiagem, ademais a mesma pena é aplicada no caso de reincidência no crime de capoeira (conforme art. 403).

⁷⁸ A escolha não só da pena, mas do criminoso como forma de controle social é descrito pela criminologia como “seletividade do direito penal”, o que significa que a escolha dos crimes não é aleatória ou traduz necessariamente um mal feito à sociedade, mas possibilita a escolha daqueles que não devem estar na cidade. E neste caso, pela possibilidade de envio para locais longínquos e inóspitos, o não estar na cidade deve ser considerado de forma literal.

deportação para os presos⁷⁹, presos estes que muitas vezes eram enviados sem que houvesse qualquer tipo de processo judicial.

A construção do campo de Clevelândia coroa a estratégia de limpeza. Este campo foi criado a cerca de 400 metros da fronteira com a Guiana Francesa, e foi usado basicamente como espaço destinado ao cumprimento de penas, e tinha o sugestivo apelido de “Inferno Verde”. A arbitrariedade era tão grande que Pinheiro traz o fato de um funcionário do local ter autorizado a libertação de 13 detentos, sem nenhum tipo de procedimento específico, o que “demonstra que os desterrados haviam sido mandados sem nenhum processo e o julgamento seria feito depois. Como o ES era sucessivamente prorrogado, havia uma tênue impressão de legalidade – totalmente desfeita quando nos damos conta, pelo próprio relato, que muitos não tinham nada a ver com os delitos relativos ao ES” (PINHEIRO, 1995, p. 95). Continuando na demonstração de como o desterro não se pautava na verificação judicial de culpabilidade, o autor apresenta o dado de que dos “155, somente 56 foram condenados ou denunciados por crimes, ou seja, pouco mais de um terço” (PINHEIRO, 1995, p. 102).

A repressão também se estendia aos trabalhadores que por qualquer motivo eram considerados anarquistas ou que simplesmente participassem de greves. Sob o pretexto de proteção da nação de uma ameaça comunista, quaisquer manifestações operárias eram severamente desmanteladas e punidas.

As considerações acima são importantes para mostrar como a decretação do ES – e suas prorrogações constantes – serviram ao Estado para controle daqueles que contestavam ou incomodavam. A classe operária foi identificada com os anarquistas e por isso deveria ser controlada com mãos firmes; os estrangeiros poderiam ser prontamente deportados e os nacionais desterrados. Ademais, houve um começo de identificação de todos os trabalhadores pela união dos patrões, tarefa que posteriormente foi levada a cabo pelo Estado, através da criação de um órgão chamado Delegacia de Ordem Política e Social (DOPS)⁸⁰, cuja atuação no período após o golpe militar de 1964 é bastante conhecida, o que reforça a tese de que a

⁷⁹ O grau de letalidade de tal pena era tão elevado que em 1925 dos 946 criminosos desterrados para Clevelândia, 444 haviam morrido. PINHEIRO, 1995, p. 95 e especialmente tabela contida na p. 104.

⁸⁰ “A tarefa de identificação dos ‘indesejáveis’, como eram chamados os operários ‘agitadores estrangeiros’ ou aqueles que militavam em sindicatos ou partidos políticos, feita até então pela entidade que congregava os empresários, passa a ser atribuição do DOPS. (...) **Uma vez implantadas, tais inovações em geral nunca são eliminadas: essa delegacia foi a precursora de todas aquelas que, com outros nomes mas sempre com o mesmo objetivo, ainda sobrevivem sessenta anos depois, mesmo após a última transição democrática.** Não há limites para os esforços de classificação e enquadramento das classes populares: em 1928, a Secretaria de Justiça e Segurança Pública em São Paulo afirmava que o DOPS já havia conseguido identificar 102 654 dos 300 mil operários do Estado, registrando como indício de grande eficácia desse trabalho não ter havido naquele ano nenhum movimento capaz de perturbar a ordem pública” PINHEIRO, 1995, p. 11, grifos meus.

utilização constante do ES teve como consequência a fragilização dos valores republicanos e democráticos.

1.4 LIMIAR⁸¹

Não obstante a construção de teorias e práticas constitucionais nacionais e internacionais⁸² de proteção do Estado de Direito e dos direitos humanos, há alguns aspectos fáticos que relativizam os preceitos legais. Embora algumas das questões trazidas neste limiar já tenham sido apontadas e outras venham a ser nos próximos capítulos, é importante trazê-las neste momento para ressaltar os paradoxos que elas indicam. Paradoxos não são simplesmente situações certas ou erradas, mas incompletas e, com isso, incapazes de dar uma resposta adequada.

A partir das considerações teóricas e dos exemplos históricos apresentados, cito três questões que neste capítulo ressaltam o paradoxo que marca o estado de exceção constitucional: i- a dificuldade de caracterizar e resolver ameaças atuais (notadamente o terrorismo) através do estado de emergência; ii- a tendência à perpetuação de medidas restritivas de direitos e, por fim, iii- a criação de limbos legais em que através da desterritorialização do Estado nenhuma norma é aplicável. Estas questões mostram que é a partir das dificuldades do Estado, do direito e do Estado de Direito, suas aporias e impossibilidades – de decidir, de circunscrever o tempo excepcional, assim como o espaço em que ocorre este tempo (de exceção) - que a exceção deve ser pensada. Isto, pois, não há uma teoria política ou uma teoria constitucional que ofereça uma saída milagrosa em busca de uma resposta definitiva às situações de crise. Com esta advertência passo ao “limbo” que questiona o instituído, ou se preferirem, às margens que mostram não só a fragilidade do centro, mas, principalmente, que não há uma divisão clara entre centro e margem.

⁸¹ A escolha do termo é uma clara referência ao trabalho de Giorgio Agamben. Neste espaço pretende designar as incompletudes da teoria constitucional acerca das exceções de modo a servir de ponto de partida para (re)pensar a exceção de uma maneira distinta, não estritamente jurídica, mas filosófica.

⁸² Embora este assunto não seja tratado nesta dissertação devo apresentar a existência de alguns mecanismos internacionais que procuram limitar as restrições de direitos ocasionadas por situações excepcionais. Isso é feito através da estipulação de normas inderrogáveis. Para SUDRE (2006, p. 224) a derrogação baseia-se na teoria de circunstâncias excepcionais, segundo a qual o estado pode suspender o gozo e exercício de direitos proclamados em caso de guerra ou de ameaça pública excepcional que ameace a vida da nação. Portanto direitos inderrogáveis são os considerados de vital importância, e que nem mesmo em situações de crise podem deixar de serem protegidos. Além da previsão de inderrogabilidade, deve-se acrescentar a construção jurisprudencial internacional (nos diversos âmbitos seja nos comitês da ONU, ou nas Cortes regionais) e as opiniões consultivas. Neste último item deve ser mencionadas as Opiniões Consultivas n° 08 sobre *HC* em situações de emergência e a n° 9 sobre garantias Judiciais em Estados de Emergência, ambas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sobre normas cogentes e direitos inderrogáveis ver FRIEDRICH, 2004.

A grande dificuldade que emerge da análise dos instrumentos normativos que regulam a exceção é que eles são pensados para enfrentar especialmente situações de crise, que em geral incluem a guerra (consideradas no sentido clássico de um Estado contra o outro), insurreições internas (como a tentativa de um golpe) ou a ação de grupos civis (especialmente tratados perante o direito humanitário). Não obstante o terrorismo não se enquadrar em nenhuma das possibilidades acima, com os ataques de 11 de setembro⁸³ aquele passou a ser relevante para a discussão acerca da exceção constitucional. Outros atos considerados terroristas poderiam ser citados, porém o 11 de setembro tornou-se referência para pensarmos os paradoxos que constituem o Estado e nele os mecanismos excepcionais.

É importante, como diz DERRIDA (in: BORRADORI, 2004), desconstruir o conceito de terrorismo, ao invés de simplesmente considerá-lo como pronto. Isto porque a disputa ideológica travada em torno deste termo não permite que caracterizemos o que é terrorismo e, por conseguinte, quem são os terroristas.⁸⁴

Com isto, na ausência de uma definição confiável de terrorismo⁸⁵, como combatê-lo? Ou mais especificamente, como é possível o uso dos instrumentos de emergência com base no combate ao terrorismo – como fez o presidente norte-americano George W. Bush ao se

⁸³ Os ataques terroristas ocorridos nesta data passaram a ser nomeados de forma rotineira como “11 de setembro”, acerca deste uso Derrida faz algumas advertências de maior relevância: “Este é o primeiro e indiscutível efeito do que ocorreu (se foi calculado, bem calculado ou não) precisamente em 11 de setembro, não longe daqui: nós repetimos isso, *precisamos* repetir isso, e é muito necessário repetir, porque não sabemos realmente o que é nomeado assim, como se para exorcizar duas vezes em um só golpe: por um lado, esconjurar como por mágica a ‘coisa’ em si, o medo ou o terror que ela inspira (pois a repetição sempre protege, por neutralizar, distanciando um traumatismo, e isso é verdade em relação à repetição das imagens televisionadas de que falaremos depois); e, por outro lado, para negar, tão próximo quanto possível deste ato de linguagem e desta enunciação, nossa impotência de nomear de maneira adequada, de caracterizar, de pensar a coisa em questão, de ir além do mero dêitico da data: alguma coisa terrível aconteceu no dia 11 de setembro, e, ao final, não sabemos o que foi”. (in: BORRADORI, 2004, p. 96-7). A data de 11 de setembro também é tratada por “ground zero” que em inglês pode significar tanto centro (como epicentro de um terremoto) como o início. Se compararmos com a visão de Roberto Rossellini presente no filme “Alemanha Ano Zero” talvez tal termo traga mais temor do que sensibilidade.

⁸⁴ Em entrevista à Giovanna Borradori, quando esta pergunta: “O senhor acha que essas distinções [entre guerra, terrorismo, guerra de guerrilha] podem ser seguramente traçadas?” Derrida responde: “Isso está mais difícil do que nunca. Se não devemos confiar cegamente na linguagem vigente, que permanece na maioria das vezes subserviente à retórica da mídia e à zombaria dos poderes políticos, precisamos ser muito cuidadosos ao usar o termo “terrorismo”, especialmente ‘terrorismo internacional’. **O que distingue do medo, da ansiedade e do pânico?** (...) Onde traçamos a linha que divide o nacional do internacional, a polícia do exército, uma intervenção para “manter a paz” e a guerra, o terrorismo e a guerra, civil e militar, em um território e dentro das estruturas que asseguram a capacidade defensiva ou ofensiva de uma ‘sociedade’?” (BORRADORI, 2004, p. 112-6). Grifos meus.

⁸⁵ Isto ocorre em relação à tratados internacionais os quais adotam critérios ambíguos sobre o que caracterizaria o terrorismo, da mesma forma as legislações pós-11 de setembro adotam um critério tão amplo que ao se referir sobre o Ato Patriótico em cujas disposições encontra-se a previsão de que pessoas que financiem organizações terroristas sejam consideradas terroristas, Noam Chomsky escreve: “doe alguns dólares a uma organização de caridade islâmica que Ashcroft classificou como terrorista, e você pode ser encontrar no primeiro avião deixando seus país. Sem possibilidade de recurso” (apud CONCHIGLIA, 2004). Detalhe que não havia lista que discriminasse quais as organizações consideradas terroristas, não obstante a inclusão em tal lista geraria efeitos *ex tunc*. Disponível em : <<http://www.monde-diplomatique.fr/2004/01/CONCHIGLIA/10995>>. Acesso em 06 out. 2009.

declarar como *commander in chief* – se não é uma ameaça localizada, mas ao contrário, fluida e impossível de circunscrever em um determinado padrão ou Estado (ao menos o terrorismo atual, em que as redes possuem autonomia e não são vinculadas a nenhum Estado, portanto, virtualmente, podem estar em qualquer lugar e escolher qualquer vítima)? Se considerarmos que em nome ao combate ao terrorismo foi apresentada a “guerra contra o terrorismo” temos mais um problema. Isto porque a doutrina acerca da guerra coloca alguns requisitos para que mesmo neste momento de selvageria haja alguma racionalidade⁸⁶. A guerra preventiva orquestrada pelo governo norte-americano a pretexto de lutar e erradicar o terrorismo não respeita todos os critérios apresentados pela teoria tradicional de guerra justa⁸⁷. Em seu lugar surge a força, com o nome de direito constitucional da exceção ou de Doutrina de Segurança Nacional. Supondo que o termo guerra contra o terrorismo tenha sido mais do que uma retórica destinada a aplacar os ânimos, a única resposta possível só pode ser o enfraquecimento do direito, pois se os terroristas agem em desconformidade com a lei de forma deliberada e contínua, fazer com que os Estados ditos democráticos também o façam resulta, ao invés, na equivalência do ato terrorista ao ato do Estado, o que é indesejável sob todos os aspectos.

A luta contra um alvo indefinido leva a uma erosão do direito, pois não se vislumbra mais o que pode ser normalidade, já que a exceção persiste no tempo. O risco da perpetuidade

⁸⁶ Atualmente o maior exemplo da tentativa de imposição de regras à situações conflitivas é o Direito Internacional Humanitário que através das Convenções de Genebra e seus protocolos adicionais e de Haia tentam estabelecer regras sejam sobre o desenrolar de conflitos para que cause menor prejuízo possível à população civil, até como os soldados inimigos capturados devem ser tratados. A instituição que historicamente trabalha neste ramo do direito é a Cruz Vermelha Internacional e o Crescente Vermelho Internacional, cujo preceito norteador é o da neutralidade, o que significa que não importa quem participa dos conflitos ou o motivo desencadeador, mas sim à proteção aos que precisam. Além da dificuldade fática esperada na garantia do cumprimento de tais disposições em situações conflitivas, com a deflagração da “guerra contra o terror” houve uma tentativa de construção de justificativas legais para a não aplicação do DIH pelos Estados Unidos.

⁸⁷ A doutrina de guerra justa foi desenvolvida desenvolvida na Idade Média por Santo Tomás de Aquino, Francisco de Vitória e Francisco Suárez, em períodos distintos, e com influências distintas, mas com a finalidade comum de diferenciar o que seria uma guerra legítima e uma guerra ilegítima, embora a primeira teoria com viés cristão fosse a condenação a todo e qualquer tipo de guerra. Para Santo Tomás de Aquino uma guerra justa começa na declaração a qual deve ser feita pela autoridade competente, ou pela ordem de Deus. Além disso a intenção deve ser reta (as guerras devem ter por fim o bem comum) e os motivos que a justificam, a obtenção do que foi roubado ou ataque de inimigos. Já para Francisco de Vitória, a única das causas justas é a violação de um direito, mas não de qualquer direito, mas proporcional ao uso de uma guerra. Ele apresenta mais três questões principais sobre a guerra (se os cristãos têm permissão para fazer a guerra, quem está investido de autoridade para declará-la e o que é permitido fazer contra os inimigos em uma guerra justa). Suárez considera que a guerra só deve ocorrer em caso de extrema necessidade e que a guerra defensiva não somente é permitida, mas eventualmente ordenada. Os três requisitos para a guerra justa seriam: a) declarada por autoridade legítima, b) justa causa e justo título, c) de maneira conveniente e em todos os momentos justa. Ele diferencia entre guerra defensiva e guerra ofensiva ou agressiva. Enquanto a primeira é uma resposta à injustiça cometida, a segunda quando a injustiça está *in fieri* (pendente). Ou seja, apesar dos termos com que nomeia este tipo de guerra, não se trata de uma guerra de agressão, mas de defesa, pois a injustiça estaria sendo preparada (MELLO In: BARRETO, 2006, p. 390-394)

das medidas excepcionais está na supressão dos direitos, como vimos nos exemplos externos quanto nos nossos, isto é, de como as disposições usadas em período de emergência tendem a se expandir tanto no espaço quanto no tempo.

Apesar das tentativas de limitação dos mecanismos excepcionais, o grande desafio é como limitar o que se pretende ilimitado. Como circunscrever, o que tende ao espraiamento.

Portanto devemos pensar, para além do direito constitucional e das regras sobre a exceção, de maneira a ultrapassar a dicotomia exceção-normalidade e ver a exceção *como* normalidade. Este é o cerne do pensamento de Giorgio Agamben, para quem o estado de exceção é o paradigma da modernidade. É esta questão que será enfrentada no segundo capítulo.

CAPÍTULO 2

A EXCEÇÃO E O ESTADO DE EXCEÇÃO: SOBERANIA E (IN)DECISÃO

Dado que a vida sob uma lei que vigora sem significar assemelha-se à vida no estado de exceção, na qual o gesto mais inocente ou o menor esquecimento podem ter as consequências mais extremas. E é exatamente uma vida deste gênero, em que a lei é tão mais disseminada enquanto carente de qualquer conteúdo e na qual uma pancada distraidamente dada em uma porta desencadeia processos incontroláveis, aquela que Kafka descreve.

Giorgio Agamben, *Homo Sacer*.

No direito constitucional há a previsão de mecanismos para responder à situações excepcionais, mecanismos estes que têm entre suas funções a de limitar sua própria invocação. Entretanto, nem sempre a limitação é eficaz, ao contrário, na maioria dos casos o uso de mecanismos excepcionais tende a proliferar-se. Diante disso é pertinente perguntar se o direito está condenado a um papel meramente formal enquanto atos de força, ainda que eventualmente recobertos pela legalidade, assumem seu lugar? Assim, para pensar o direito (na) (em) (da) crise⁸⁸ é importante olhar para além do próprio direito ou de sua relação com a política: aqui a filosofia⁸⁹ fornece possibilidades, particularmente as reflexões do filósofo italiano Giorgio Agamben.

⁸⁸ Embora este seja um termo exaustivamente repetido neste trabalho, reitero minhas advertências de que é preciso certa desconfiança em seu trato, pois expressa uma situação que não pode ser facilmente definida, ao mesmo tempo em que é catastrófico o suficiente para ser convincente, no sentido de exigir que *algo deve ser feito*. A partir da constatação de que tudo se transforma, e na sociedade atual – seja ela nomeada como moderna, pós-moderna, hipermoderna, complexa, relacional ou do risco – o tempo, ou mais propriamente falando a aceleração de nossa percepção do tempo, representa uma amplificação de quaisquer mudanças existentes. De forma que não se pode comprar de maneira simplista a idéia de que tudo está em crise, pois muitos dos valores considerados nesta situação há muito não existem na forma cotidianamente apresentada – aqui penso especificamente em uma linha xenófoba que apresenta os mirantes como portadores de uma crise de uma “cultura pura”, coisa que os estudos culturais mostram que não existem, se é que já existiram um dia. Mas sobre esta questão remeto ao derradeiro capítulo deste trabalho. Retornando à questão do direito, há uma grande influência do discurso de crise em seu funcionamento, tanto para tentar vencê-las (função prescritiva), quanto para questionar alguns aspectos do direito. Embora as duas funções possam ser válidas podem gerar algo como uma “doutrina da catástrofe”, o que parece ter função mais de provocação do que efetivamente procurar analisar a questão

⁸⁹ Apesar da idéia contrária, expressa aqui por Michel Walzer de que: “Geralmente não somos filósofos em momentos de crise. Na grande maioria das vezes não temos tempo. A guerra em especial impõe urgência que é incompatível com a filosofia como atividade séria.” WALZER, 2003, p. XVIII.

Isso significa que mais do que pretender desenvolver – ou reforçar – mecanismos de controle para que a exceção - tenha ela o nome de ES, lei marcial, estado de defesa ou outros - não se torne a normalidade, trata-se de pensar a própria constituição do direito com a exceção e, a partir disso, a relação do direito com a violência. Neste percurso adoto como marcos teóricos o italiano Giorgio Agamben, Walter Benjamin, filósofo alemão cuja oitava tese sobre a história defende um estado de exceção que se tornou regra, e Carl Schmitt, jurista alemão quem teve profícuos debates com Benjamin acerca da exceção.

De maneira que as considerações de Schmitt, especialmente sobre a exceção, terão espaço importante neste capítulo – algumas já antecipadas no primeiro – assim como seu diálogo com Benjamin sobre a (im)possibilidade de decisão. Ou seja, trata-se menos de pensar a exceção em oposição à regra, do que a exceção como constitutiva e em íntima relação com aquela. Assim, apresento, neste capítulo, Carl Schmitt como um teórico da exceção (2.1) e, como desdobramento deste item, falo da (2.1.1) decisão soberana. Para melhor compreender o pensamento de Schmitt, trago algumas considerações sobre o estado de necessidade, a revolução, a desobediência e o artigo 48 da Constituição de Weimar que previa a suspensão de alguns direitos em casos excepcionais, sob o título (2.1.2) a exceção e o direito ou o artigo 48 e a constituição. O estado de exceção (ainda que com outro nome) traz consequências às práticas políticas e jurídicas, conforme venho demonstrando ao longo do trabalho, as quais geram um novo estado de coisas que as afeta, como também a sua fundamentação teórica. Daí se falar no estado de exceção como paradigma. Entretanto, conforme sugere Agamben em seu livro “Estado de Exceção” (2004, p. 84), sem a leitura schmittiana da soberania como resposta à crítica benjaminiana da violência, a nossa compreensão do estado de exceção com paradigma da modernidade restaria incompleta ou prejudicada. Neste sentido é que segundo item deste segundo capítulo (2.2) traz as considerações de Walter Benjamin acerca da sua “Crítica da violência/Crítica do poder” e como desdobramento o diálogo dele com Schmitt acerca do que é o vazio (2.2.1) e do drama barroco (2.2.2). Na esteira do diálogo falo das teses sobre a história de Benjamin como uma homenagem apócrifa a Schmitt (2.2.3) e, por fim, da exceção, da regra e de como essa relação se tornou paradigmática para a modernidade (2.2.4). A relação entre vida e direito na exceção, onde não há nem um puro fato e nem um puro direito pode ser retomada a partir da tese de Benjamin, segundo a qual, se o direito tem por finalidade a regulação da vida, tem por pressuposto sua impossibilidade. E é a partir deste descompasso entre vida, direito e soberania que podemos pensar a exceção. E qual o significado desta mera vida e como ela é incluída na política e no direito é um dos pontos que nos levam a pensar a noção de soberania como um lugar de indistinção entre o interno e o

externo, na medida em que marca a recepção e o controle da vida biológica. . No item (2.3) discuto o *homo sacer* e a soberania ou a soberania excluída de si mesma. A figura do bando ou dos fora-e-dentro da lei (2.3.1) é imprescindível para pensar a soberania ao representar justamente o abandono, o que não é somente estar fora da lei, mas ser abandonado por ela. Por fim, trago a parábola de Kafka “Diante da lei”, (2.3.2) na qual se pode vislumbrar a posição de bando soberano, como também da própria exceção. Deste segundo capítulo ao terceiro há outro limiar (2.4) onde antecipo algumas dificuldades de definir o que é o humano, o que será importante para pensar sobre a crítica de Agamben aos direitos humanos, tópico analisado no terceiro capítulo.

2.1 HÁ UM TEÓRICO DA EXCEÇÃO: CARL SCHMITT

Carl Schmitt foi um teórico do direito bastante singular. Seu pensamento é dotado de grande erudição e gosto pelos debates (um dos mais notáveis é com Hans Kelsen sobre a defesa da constituição), entretanto por muito tempo ficou esquecido⁹⁰ e suas obras foram consideradas “perigosas” por serem “conservadoras” já que por um período na década de 30 esteve vinculado ao partido Nacional-socialista, embora não se deva ver em seus escritos uma simples legitimação dos preceitos nazistas. Nos últimos anos do século passado, e neste começo de século, sua obra tem sido revisitada por suas potencialidades para pensar o direito e sua relação com a política, o que não significa um simples acatar suas teorizações, mas como bem sintetiza Chantal Mouffe, trata-se de “(...) pensar com Schmitt, contra Schmitt e utilizar os seus pontos de vista para fortalecer a democracia liberal para os seus críticos” (MOUFFE, 1996, p.12-13). Schmitt oferece a abertura necessária para que o direito e o estado não se reduzam à lei positiva e com isso problematiza conceitos que muitas vezes são considerados prontos. Entretanto a advertência de Mouffe é necessária, pois embora suas críticas a uma determinada forma de democracia e de Estado ainda sejam relevantes, na mesma medida podem engendrar soluções não pluralistas⁹¹.

⁹⁰ Nesse sentido Friedrich Müller, “(...) Schmitt desprezava os textos normativos (como a Constituição da República de Weimar, na Alemanha), e os concebia como ‘mera lei constitucional’, atropelando-os por meio de uma mistificadora e irracional ‘decisão fundamental’”. No prefácio de “Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional”. p. xi.

⁹¹ Cabe destacar a importância da homogeneidade em sua teoria, no sentido de que o Estado deve garantir um mínimo de homogeneidade para que seja possível o funcionamento da democracia – e novamente aqui a importância da relação amigo-inimigo para homogeneizar através da separação dos considerados inimigos.

Para a maior parte dos teóricos do Direito – ao menos dentre os provenientes da tradição positivista⁹² - este é visto de uma maneira auto-referente e o Estado é considerado como uma espécie de suporte que lhe possibilita o funcionamento, o qual deve ser separado da esfera da política, por mais que possa haver algumas poucas intersecções. Ao eleger o político como anterior – e superior – ao Estado e ao Direito, Schmitt já mostra sua discordância do modelo liberal e positivista. Quando pensa o direito a partir da exceção, esse momento tão renegado, e mais, liga-a com a soberania, ele subverte o mito de criação do direito através das revoluções liberais, e questiona a própria constituição do direito liberal moderno.

O autor alemão parte de três categorias fundamentais para pensar o direito: soberania, exceção e decisão, e com estas ferramentas ele procura “enfrentar o desafio de se lidar com os casos de exceção, que no fundo são para nosso autor, os únicos que importam”⁹³ ⁹⁴ (BIGNOTO, 2008, p. 407, e SCHMITT, 1988, p. 25).

O ponto central da teoria schmittiana é a análise da insuficiência do liberalismo para qualificar um certo tipo de Estado, a conhecida “fórmula” do Estado de direito. Em sua tentativa de apaziguar âmbitos essencialmente conflitivos, o liberalismo cria essa ficção

⁹² Com este termo pretendo designar o positivismo jurídico de matriz kelseniana o qual vê o Estado como a partir do Direito. Não trago a visão muito difundida de que Kelsen pretendia um direito puro ou algo do gênero, até porque no debate com Schmitt acerca do defensor da Constituição Kelsen traz argumentos bastante relevantes, e que em certa medida questionam a visão tradicional do positivismo como pretensão de pureza, como: “Se enxergamos o ‘político’ na resolução de conflitos de interesses, na ‘decisão’ – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. (...) A diferença entre o caráter político da legislação e da jurisdição para ele é quantitativa e não qualitativa” (KELSEN, 2003, p.251).

⁹³ A questão da exceção em Schmitt está posta de maneira paradoxal pois de um lado ele assume que a exceção é muito mais interessante do que a regra geral, e a soberania só se afirma pela possibilidade de decidir na exceção. Entretanto, em outra perspectiva, a decisão sobre a exceção é necessária para instaurar a normalidade. Portanto, não se pode considerar simplesmente que a exceção é a única que importa, mas que a exceção, ao jogar luz sobre o funcionamento do direito e da política, revela mais do que o caso normal. Desta forma, é a normalidade que é pretendida pois “(...) para Schmitt a decisão é fundamental para a instauração da normalidade, para a fixação de um primeiro ponto de referência que até poderá ser posteriormente negado” (MACEDO JR, 2001, p. 54). É a partir daí que podemos compreender sua crítica ao “hamletismo político” entendido como a incapacidade do Estado de decidir nos casos necessários para evitar a ruína deste Estado. E novamente vem a tona o fato de que para Schmitt a exceção não é o caos, mas outra ordem, a qual podemos entender como a tentativa de, justamente, evitar o caos.

⁹⁴ No livro Teologia Política ele identifica a política como teológica, pois considera que todos os conceitos da teoria moderna do Estado são conceitos teológicos secularizados. Deus, enquanto fundador do sistema, é substituído na concepção secular pela figura do legislador onipotente. Dessa maneira se a decisão representa o “ser supremo do estado”, o estado de exceção ocupa no estado o mesmo espaço do milagre perante a teologia. A decisão possui lugar e importância fundamentais na análise de Schmitt justamente porque representa dois aspectos intrinsecamente relacionados com sua análise teológica: primeiro por ser soberana tem um papel originário, de criação do mundo, renunciando a qualquer fundamentação alternativa última; o segundo aspecto refere-se à capacidade do logos divino de constituir a ordem objetiva, contendo nele a capacidade criadora desta ordem. Assim, Schmitt critica a concepção moderna de soberania que pretende esvaziá-la de seu sentido político. A ligação entre política e teologia é questionada por Mouffe pois tal identificação significa que não houve a modernidade, o que impediria a emergência de qualquer coisa nova, de uma ruptura fundamental (MOUFFE, s/d, p. 5).

jurídica – o Estado de Direito - e, com ela, pretende neutralizar o seu componente político. Neutralidade esta que se mostra principalmente na concepção de democracia liberal, ao considerar que a participação popular deve ocorrer prioritariamente através da representação de forma a limitar o embate que marca a arena política através de um consenso entre o “povo” e seus representantes

Para o autor alemão, princípios e técnicas liberais, como a separação de poderes, a supremacia da lei no Estado e o controle desta exclusivamente pelos tribunais superiores ignoram as complexidades do político, reduzindo o Estado a uma figura formal. Assim, a retomada do político é, para Schmitt, uma maneira de demonstrar a falência do liberalismo e também do positivismo, segundo ele, um normativismo degenerado⁹⁵.

Em “O Conceito do Político” (p. 56), Schmitt entende o Estado enquanto unidade política do povo, com função de produzir em seu território uma satisfação completa e estabelecer tranquilidade, segurança e ordem, de forma a criar uma situação normal para que as normas jurídicas possam valer (SCHMITT, 1992, p. 72). É no interior do Estado que se manifesta a distinção *amigo/inimigo* – este o critério de definição do político. Este critério é específico do político e não se confunde ou diz respeito a outros como bom/mau, belo/feio ou útil/prejudicial⁹⁶ (SCHMITT, 1992, p. 51). Assim, quem hoje é amigo, em uma situação futura pode tornar-se inimigo. A possibilidade real de conflito com o inimigo é o que possibilita a existência do político, e com isso, a decisão quanto à definição do amigo e do inimigo é de fundamental importância: “Ao Estado como uma unidade essencialmente política pertence o *ius belli*, isto é, a possibilidade real de, num dado caso, determinar, em virtude de sua própria decisão, o inimigo, e combatê-lo” (SCHMITT, 1992, p. 71). Não precisa haver uma guerra efetiva, mas a mera possibilidade da guerra é o que afirma a existência do político: “possibilidade efetiva de guerra é o requisito da distinção entre amigo e inimigo e para o reconhecimento político” (SCHMITT, 1992, p. 62).

⁹⁵ SCHMITT (1988, p. 13) “Ce qu'on appelle le positivisme et le normativisme de la théorie allemande du droit (...) c'est tout simplement un normativisme dégénéré – parce que, au lieu de se fonder sur un droit naturel ou un droit de la raison, il dépend purement de normes à 'valeur' factuelle; c'est donc un normativisme em soi contradictoire, mêlé à un positivisme qui n'était qu'un décisionisme dégénéré, aveugle au droit, s'en tenant à 'la force normative du factuel' au lieu de prendre appui sur une authentique décision.” Tradução livre: O que se chama positivismo e normativismo na teoria alemã de direito (...) é simplesmente um normativismo degenerado – porque, em lugar de se fundar sobre um direito natural ou um direito da razão, depende somente das normas de “valor” factual - é então um normativismo em si contraditório, unido a um positivismo que é somente um decisionismo degenerado, juridicamente cego, mantido conforme a “força normativa de âmbito fático”, em vez de uma decisão real.

⁹⁶ Não obstante a expressa referência de Schmitt de que o critério político não se pauta em outros âmbitos, parece bastante improvável que não se usem outros critérios “conjugados” para se eleger o inimigo e com isso fortalecer o laço de homogeneidade de um determinado grupo. Este aspecto será retomado no terceiro capítulo quando tratar da figura do estrangeiro e como a perspectiva de um “fora” possibilita a construção de um “dentro”, no caso os cidadãos vinculados ao Estado-nação.

Mesmo a soberania é determinada por essa possibilidade efetiva do conflito, pois no caso decisivo⁹⁷ não são as normas que se aplicam, mas a decisão soberana (SCHMITT, 1992, p. 64-5). Ao tratar da soberania não se pode deixar de considerar a influência de Jean Bodin em Schmitt. Bodin é considerado o teórico da soberania, e, concebe-a como o poder exclusivo (do Estado), originário, indivisível, absoluto e perpétuo. Ao estabelecer estas características Schmitt o lê – e por consequência lê a soberania – enquanto ligada ao caso extremo⁹⁸. E a partir do momento que liga a soberania à exceção aparece a figura da decisão. Isto porque se não se pode considerar a soberania como proveniente simplesmente das leis, já que uma lei não pode fundamentar outra lei, pois haveria um retorno *ad eternum*, mas exige um fundamento anterior. Para estabelecer a relação entre a soberania e a decisão enquanto fundamento último do direito, ele retoma Bodin, o qual julga que as promessas obrigam, pois a força obrigatória de uma promessa repousa no direito natural, mas em caso de necessidade a obrigação cessa em virtude dos princípios universais da natureza (SCHMITT, 1988, p. 18). Com isso Bodin teria introduzido a decisão no coração da soberania.

Em “A Ditadura” Schmitt também liga a teoria da soberania de Bodin ao momento excepcional⁹⁹: “Bodin não somente tem o mérito de ter fundamentado o conceito de soberania do direito político moderno, como também revelou a conexão interna do problema da soberania com o da ditadura, e deu uma definição – inegavelmente limitando-se tão somente a uma ditadura comissária¹⁰⁰ – que ainda hoje há que se reconhecer como fundamental” (SCHMITT, 1968, p. 57). Se a soberania manifesta-se no caso excepcional através de uma decisão, não parece descabido pensarmos que ela se manifesta de modo privilegiado através e no conflito, pois que nos casos normais não há necessidade de decisão, mas simplesmente da aplicação da norma.

⁹⁷ “Por isso, ele [político] é sempre o agrupamento humano determinante, e a unidade política, portanto, se estiver presente, será sempre a unidade normativa e ‘soberana’, no sentido de que a ela caberá sempre, por definição resolver o caso decisivo, mesmo que seja um caso excepcional”. SCHMITT, 1992, p. 64.

⁹⁸ “Ce concept [puissance supreme] vise le cas critique, autrement dit le cas d’exception, comme on le voit déjà chez Bodin” (SCHMITT, 1988, p. 18). Tradução livre: Este conceito [poder supremo] visa o caso crítico, também dito o caso de exceção, como já pode ser visto na obra de Bodin.

⁹⁹ “A Ditadura” data de 1921 e “Teologia Política” de 1922, neste período há uma mudança significativa na teoria schmittiana sobre a ditadura e exceção. Enquanto no primeiro há uma distinção entre “ditadura comissária” e “ditadura soberana”, na obra de 1922 consta apenas exceção. Tal mudança será aprofundada mais a frente no contexto do debate com Walter Benjamin.

¹⁰⁰ Nesta obra Schmitt distingue entre ditadura comissária e ditadura soberana. Enquanto a primeira ocorre quando algum fato põe em risco a existência de um governo e o objetivo é mantê-lo, a segunda existe quando o objetivo é justamente a mudança do governo, ocorrido através de uma revolução.

Esta possibilidade (do conflito)¹⁰¹ como constitutivo do Estado contrapõe-se às teorias que pregam que a função do Estado – e do Direito – é promover a pacificação social, no sentido de excluir o elemento conflitivo do espaço político. Ao fundamentar sua teoria do Estado e do Direito no político, e este, por sua vez, na relação amigo-inimigo, Schmitt questiona também a (in)suficiência da democracia liberal, com suas tentativas de subjugar as divergências, considerando-a anti-política e impotente (HIRST in MOUFFE, 1999, p. 8). “O Estado, compreendido a partir da natureza do político, enseja, pois, o antagonismo de que se vem falando entre amigo-inimigo. Neste sentido, o Estado surge como um meio de organizar e dar continuidade ao conflito político” (CHUEIRI, 2004a, p. 358).

Se o conflito está na base do Estado através do elemento político que o constitui então a (C)constituição deste Estado deve significar isso e, portanto, trata-se não de uma norma fundamental, mas de uma decisão fundamental. Especialmente porque para Schmitt a ordem jurídica (a constituição) se fundamenta sobre uma decisão e não sobre uma norma fundamental é que a sua defesa (da constituição) não é uma tarefa jurisdicional, mas política do soberano. Para Schmitt, o que os tribunais fazem não protege a constituição, pois estes apenas analisam as normas em sentido material e caso não estejam de acordo com os preceitos constitucionais, retiram seus efeitos¹⁰². A partir daí temos que pensar o que significa para Schmitt a decisão, através da qual se defende a (C)constituição do Estado.

2.1.1 Decisão Soberana: o momento excepcional

Para Schmitt soberano é aquele que decide sobre a exceção, esta afirmação é bastante conhecida, todavia não inteiramente compreendida, como apontado por Agamben (2007a, p.

¹⁰¹ Embora o conceito de amigo-inimigo possa ser questionado, Mouffe o faz diferenciando inimigo de antagonista, por exemplo, ele é de extrema utilidade para pensar a inclusão/exclusão no âmbito político. Isto porque se toda inclusão gera uma exclusão, como está na base deste conceito, a tentativa de inclusão de todos não gera uma comunidade de amigos, mas de inimigos, como a experiência autofágica dos regimes totalitários demonstraram, pois todos, virtualmente, poderiam ser eliminados. Talvez esta seja a chave para compreensão do que Agamben apresenta na introdução do livro “Homo Sacer”, a indistinção entre conceitos como direita e esquerda, amigo e inimigo, este teria sido substituído pela figura do *homo sacer*. Esta é proveniente do direito romano e representa alguém que não está nem na esfera do direito humano e tampouco na do direito divino, ou seja, sua morte não pode ser punida, mas não é considerada um sacrifício. É na indistinção demonstrada no *homo sacer* que se (des)localizaria a vida nua em uma indistinção entre a vida biológica e a vida política, ou entre a *zoé* e a *bíos*, respectivamente. Esta questão será trabalhada com mais vagar a frente.

¹⁰² Daí sua consideração de que a defesa da constituição não deve ser feita pelo juiz singularmente ou por uma corte constitucional, mas pelo soberano. É fundamental para entendermos a argumentação de Schmitt que seu propósito não é negar a defesa da constituição, mas retirar do judiciário a exclusividade dessa proteção. Argumenta ainda que deva ser “*considerada a própria estrutura constitucional, afinal se a Constituição descansa em um contrato entre o príncipe e o povo, entre o Governo e a representação social, cada parte contratante pode aparecer como defensora daquela parte em que estabelece seus próprios direitos e deveres.*” (SCHMITT, 1998, p. 40).

11). Assim, a decisão é fundamental para o conceito de soberania, isto é, para a (C)onstituição do Estado. Conforme CHUEIRI (2004a, p. 97-98): “para Schmitt o Estado tem o monopólio da decisão restando sobre este fato a essência da sua soberania. Para tanto ele deve ser dotado de poder e autoridade. Entretanto Schmitt chama a nossa atenção para o fato de que o poder e autoridade do Estado não precisam do direito para criar o direito e à *essa* situação ele chama de exceção (*Ausnahme*)”¹⁰³. A exceção não pode ser subsumida e aparece na sua forma original quando for o caso de criar uma situação na qual as normas jurídicas devam ser válidas.

Assim, a questão da decisão está sempre presente no direito e, segundo Derrida, em sua relação com a justiça¹⁰⁴. Pensar o soberano enquanto aquele que decide sobre a exceção mostra a estrutura fundamental do direito, na medida em que não é a lei que está na base do direito, mas uma decisão política fundamental, ainda que decidir seja impossível.

O estado de exceção e sua vinculação com a decisão soberana intentam demonstrar a falibilidade e insuficiência do Estado liberal e da forma jurídica que ele assume, sobretudo com o positivismo. Isto, porque o direito positivo no Estado liberal racionaliza as paixões e os conflitos através da forma jurídica que impõe. Em sentido contrário, pensar a constituição do Estado através da decisão soberana sobre a exceção coloca, desde o início, o conflito como determinante para a unidade política que se pretende alcançar. O mérito de Schmitt foi perceber que a exceção se constitui num evento político que constitui o direito. Dessa forma a análise feita pelo autor e posteriormente retomada por Agamben permite que se vislumbre uma teoria da exceção enquanto direito público, ou seja, enquanto constitutiva do direito.

A decisão soberana representa um espaço de abertura no direito através do reconhecimento do elemento político, especialmente porque ao estabelecer que a decisão é fundante do direito, prefere a legitimidade forjada no conflito amigo-inimigo como critério de justificação e não a legalidade. A decisão soberana ao suspender o direito não cria um espaço anômico, mas possibilita a manifestação da política na insuficiência do direito, especialmente através da manifestação da relação amigo-inimigo. Ou seja, não se trata de negar o direito, mas do reconhecimento de sua incompletude e do caráter fundamental da política.

¹⁰³ Tradução livre do original. “For Schmitt the state has the monopoly of the decision remaining on this fact the essence of its sovereignty. For it must be endowed with power and authority. However, Schmitt calls our attention to the fact that the state’s power and authority do not need the law to create the law and to this situation he calls exception (*Ausnahme*).”

¹⁰⁴ Derrida compara o direito com a justiça justamente com base na decisão “*o direito não é a justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências tão improváveis quanto necessárias da justiça, isto é, momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra*” (DERRIDA, 2007, p. 30, grifos presentes no original).

Além de Bodin, Schmitt é influenciado por Thomas Hobbes¹⁰⁵. Este pensa o Estado como o Leviatã que surge quando os cidadãos resolvem fazer um pacto para saírem do estado natural, no qual há uma guerra de todos contra todos¹⁰⁶. A partir disso transferem para o soberano os poderes individuais, de modo que para protegê-los ele (o soberano) possui poder absoluto. É possível perceber as seguintes diferenças entre Hobbes e Schmitt: este não pensa a fundação do Estado e não parte de nenhuma hipótese de constituição por entender que a decisão, e não um pacto originário, cria a situação normal. Neste sentido, para Schmitt a origem do Estado é eminentemente política e não juridicamente fundamentada através da figura do contrato. Já Hobbes justifica a soberania e os poderes ilimitados do soberano pelo pacto com que os cidadãos abriram mão de parte de sua liberdade em nome da segurança¹⁰⁷. Este soberano representa o Homem Artificial que de certa maneira subverte a noção de tempo pois se pretende artificialmente Eterno. (BREDEKAMP, 1999, p. 258).

O ponto no qual Schmitt se fundamenta para pensar o decisionismo é a frase hobbesiana de que *Auctoritas non veritas, facit legem*, ou seja, é a autoridade e não a verdade que faz a lei. Isto quer ressaltar que a decisão, e com isto a política, não segue padrões morais ou jurídicos, mas questões de conveniência para o fortalecimento e manutenção do Estado. E o direito ao ignorar este fato crê em sua autoridade, por mais que só se aplique em situações determinadas – o caso normal – e justamente por se saber impotente frente à exceção busca excluí-la do estudo de seu funcionamento. O que ambos os autores – Hobbes e Schmitt -

¹⁰⁵ Embora haja uma clara influência de Hobbes no pensamento schmittiano, tal recepção não ocorre sem conflitos. Apesar de em “O Conceito do Político” (1932) assumir o pensamento de Hobbes sobre a política, no sentido de um “pessimismo” antropológico que se reflete na política, há diferenças substanciais entre ambos. Schmitt pauta-se no pensamento hobbesiano no sentido da decisão, mas considera que está presente em sua teorização um argumento proto-liberal, e o entendimento mecânico do estado como artefato, os quais refuta. Além desta questão há uma diferença importante entre Hobbes e Schmitt sobre a soberania: enquanto para Hobbes legitimidade e soberania são inseparáveis, para Schmitt soberania não é categoria de legitimidade (KAHN, 2003, p. 74). Victoria Kahn defende que a distinção entre ambos os autores faz com que Schmitt busque pensar a soberania não como alegoria (no sentido do Leviatã, cujo termo tem origem bíblica e serve para designar um monstro dos mares) como Hobbes, mas a partir de decisões “trágicas”, o que é feito por ele em “Hamlet e Hecuba” (1956).

¹⁰⁶ A famosa assertiva hobbesiana de guerra de todos contra todos deve ser compreendida no sentido de que no estado de natureza o mais forte e o mais fraco são muito semelhantes e por isso não pode ter qualquer benefício, pois que os outros podem pleiteá-lo igualmente. Desta forma há a necessidade da prudência, de tentar saber o que o outro deseja, gerando um temor coletivo de que os outros desejem aquilo que *eu* quero. É este estado – de medo – que ao se espalhar torna possível, mas não necessariamente concreta, a guerra de todos contra todos. Importante lembrar que a guerra tem um papel fundamental na análise schmittiana pois é a possibilidade concreta de guerra que está em define o político. A guerra pode não ocorrer de fato, mas deve ser uma possibilidade real de lidar com a separação amigo/inimigo.

¹⁰⁷ Este “abrir mão” da liberdade, a qual leva a um poder absoluto do soberano está presente na representação gráfica do Leviatã. A imagem presente na edição do Leviatã de Hobbes (1651) mostra um soberano gigante (o Homem Artificial) portando uma coroa na cabeça, na mão direita uma espada e na esquerda o cedro e olhando para o expectador enquanto está “acima” do território (que aparece como uma maquete). O interessante da representação é que seu corpo é feito por milhares de pequenas figuras humanas, representando os súditos. Assim, tal como a escama de um peixe, seus súditos o compõe, mas a partir deste momento ele é que tem o poder da guerra e da ordem. Disponível em BREDEKAMP e outros (1999, p. 256-7).

pressupõem é que o soberano não só possa, mas deva decidir, especialmente porque no caso decisivo o direito não fornece pistas. Por isso o fantasma da indecisão, ou do hamletismo¹⁰⁸, paira como uma ameaça concreta a este modelo decisionista. É precisamente nesta questão que Benjamin discordará de Schmitt e pensará a soberania não como decisão, mas enquanto indecidibilidade.

Pois bem, o artigo 48 da Constituição de Weimar é um exemplo tanto de estado de exceção no direito (ou estado de exceção constitucional) quanto de estado de exceção do direito e é de ele que passo a tratar a partir da noção de estado de exceção (em ambos os sentidos) como conceito-limite. Daí a relação deste com outras figuras marginais do direito como o estado de necessidade, a desobediência e a revolução.

2.1.2 A exceção e o direito ou o artigo 48 e a constituição

A situação excepcional pode ser vista no direito sob vários enfoques, alguns deles foram apresentados – incidentalmente ou de maneira mais direta – no decorrer do texto. Assim, a questão da exceção impele ao questionamento não somente da ordem vigente, mas principalmente das explicações tradicionais que autores como Rossiter oferecem. Neste sentido é um conceito-limite, não (somente) por estar em um limite espacial (de localização do começo e fim do ordenamento), mas principalmente porque interpretar a exceção demanda uma explicação do momento de normalidade que muitas vezes ao não ser aplicado mostra sua fragilidade.

Inegavelmente o estado de exceção¹⁰⁹ tem relações com o direito de resistência, a guerra civil, o direito de guerra e a insurreção. Entretanto, o estado de exceção tem pontos de contato também com figuras que se manifestam em momentos de normalidade, como a discricionariedade¹¹⁰.

Em todas as circunstâncias citadas o desafio é o de como articular situações que ameçam escapar da ordem com a tentativa de domá-las através de dispositivos jurídicos. Esse

¹⁰⁸ O termo provém do livro “Hamlet ou Hecuba” de Carl Schmitt no qual trata da relação entre estética (especialmente a partir de Shakespeare) e política. Assim, hamletismo seria a incapacidade de decisão do príncipe, incapacidade esta que ocasiona resultados catastróficos para a manutenção do Estado.

¹⁰⁹ A partir deste ponto ao invés de usar “exceção” em um sentido genérico, uso “estado de exceção” no sentido agambeniano.

¹¹⁰ Este paralelo pode ser feito principalmente através da obra de John Locke “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” e suas considerações sobre a impossibilidade de definição *a priori* das situações a serem enfrentadas, e, por isso, a necessidade de uma margem de apreciação para definição das medidas necessárias. Entretanto neste momento esta questão não será aprofundada por entender que é referente mais à teoria do direito do que às questões que mesclam acontecimentos políticos com a resposta jurídica, como é o caso das outras situações apresentadas.

paradoxo entre as posturas centrípeta e centrífuga já foi exposto em outros momentos do trabalho. É a necessidade de se responder ao que desafio de pertencimento e exclusão escapa que se torna o desafio mais fundamental do direito. Ou seja, é antes a existência da permanente tensão que é constitutiva do direito e sua ânsia de regulação absoluta¹¹¹ que lhe põe verdadeiramente em xeque do que lidar com um descumprimento normativo.

O direito com o qual primeiramente o estado de exceção poderia ser comparado é o direito de guerra, pois ambos de alguma maneira atuam em situações atípicas, em que há a necessidade de limitação de alguns direitos em prol da segurança da nação. Entretanto esta similitude deve ser mitigada. Se a guerra enquanto possibilidade política é prevista (ainda que com várias limitações) desde concepções medievais e estava ligada a um direito especial, o estado de exceção não é um direito especial, mas está previsto no direito normal.

A apresentação do ES feita no primeiro capítulo enfatiza justamente o fato deste ES ter sido construído para cada vez mais se integrar ao ordenamento jurídico “normal” – e por normal pode-se entender também “de direito e democrático” – e não para ser apartado deste. Se hoje temos dificuldades em saber quando uma situação excepcional é aplicada, ou mesmo quando uma guerra está ocorrendo, não é simplesmente pela proliferação de conflitos bélicos, mas pela normalização – jurídica e política – de espaços “fora do direito” no direito.

A indistinção entre guerra, intervenção humanitária, invasão, dentre outros termos, mostra que o estado de exceção não é tributário do direito de guerra, mas que este é cada vez mais influenciado pela normalidade daquele. Isto pode nos fornecer algumas pistas para pensar como foi possível, ainda que paulatinamente esta postura esteja sendo revista, que o governo norte-americano tenha podido negar a aplicação da Convenção de Genebra para os presos no campo de Guantánamo. Certamente não pelo fato de que eles não tenham sido capturados em algo como um conflito armado, mas porque as modalidades de intervenções sejam cada vez mais tênues. Nos dizeres de Žižek: “deixa de existir assim a oposição entre

¹¹¹ Podemos pensar a crise do direito juntamente com a inflação legislativa. Se Benjamin e Schmitt alertaram à mais de meio século sobre o triste espetáculo dado pelos parlamentos ao não reconhecer a violência que os geraram, este alerta permanece muito atual. A atividade legislativa que seria uma das mais representativas da participação democrática – ainda que indireta – tem sido cada vez mais palco do esvaziamento do sentido de participação democrática, a ponto de aprovações de legislação costuradas para dar resposta à situações específicas (além dos casos concernentes ao terrorismo, como exposto no capítulo 1, podemos citar em âmbito nacional a lei de crimes hediondos feita para responder à morte da filha da romancista Glória Perez), temas relevantes são disciplinados pelo executivo através das medidas provisórias (as quais acabaram servindo como coringas para aprovação de assuntos delicados) e com isso resta à atuação cotidiana a normalização de miudezas. Cito como exemplo a lei da cidade de São Paulo (terceira maior cidade do mundo, ou seja, em teoria com vários assuntos relevantes) que proíbe a venda de banana em cachos, obrigando que seja feita por quilo! Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u624222.shtml>>. O que quero dizer com o exemplo é que a exceção não é nem a pura concentração de poderes, tampouco a simples falta de poder, mas o descompasso entre o direito e sua regulação, quando a forma da lei se mostra de maneira integral. Talvez a tentativa de recobrar a autoridade que a lei não apresenta faça com que sejam criadas inúmeras leis sobre questões menores.

guerra e ajuda humanitária: as duas são intimamente ligadas; a mesma intervenção funciona simultaneamente nos dois planos: a derrubada do regime talibã é apresentada como parte de uma estratégia para ajudar o povo afegão oprimido pelo Talibã: como disse Tony Blair, talvez seja necessário bombardear o Talibã para assegurar o transporte e a distribuição de alimentos” (ŽIŽEK, 2003, p. 114). Que a guerra é terrível e, que por mais que existam leis buscando discipliná-la, ainda permaneça um campo de atos extremos, é uma realidade por demais conhecida. O que talvez seja mais chocante é o fato de não haver como diferenciar entre guerra e ajuda, como bem expõe Žižek, quem oferece outra imagem bastante persuasiva: “A principal imagem do tratamento das 'populações locais' como Homo Sacer talvez seja a do avião de guerra voando sobre o Afeganistão: nunca se sabe se ele vai lançar bombas ou pacote de alimentos” (ŽIŽEK, 2003, p. 114). .

A ligação do estado de exceção com o direito de resistência¹¹² é sobre a aceitação de uma situação formalmente fora do direito, mas usada para em nome de sua defesa. Se o estado de exceção apela para uma defesa da ordem em uma situação de crise, o direito de resistência supõe que desobedecer preceitos do direito considerados injustos deve ocorrer para salvar o ordenamento como um todo.

A distinção entre as duas posturas (de regular ou não o estado de exceção) mostra uma divisão mais central acerca do papel do direito em relação à norma(ti)(li)zação das ações humanas. Ou seja, trata-se de pensar – ou não – uma esfera de autonomia das ações humanas em relação ao direito, o que também pode ser apresentado como a possibilidade de pensar as potencialidades da política. Por isso autores que tratam do direito de resistência, como Hannah Arendt no livro “As Crises da República”, apresentam este direito como possibilidade de participação política quando o direito, através de leis injustas, a limita.

Outra forma de compreender o estado de exceção consiste em relacioná-lo ao estado de necessidade. Esta ligação pode ser feita a partir do brocardo *necessitas legem non habet*, ou seja, necessidade não tem lei, o que pode ser entendido no sentido de que a necessidade não conhece nenhuma lei e de que a necessidade faz sua própria lei (AGAMBEN, 2007a, p. 40). Esta implicação supõe que a exceção exista por uma questão de necessidade imperativa, que tenha o poder de tornar lícito o ilícito. A questão é vista a partir do Decreto de Graciano o qual cita em duas ocasiões o estado de necessidade. Em um dos textos diz que a missa deve ser realizada em local consagrado, “a menos que isso se dê por suprema necessidade, pois

¹¹² O direito de resistência não será objeto de análises mais detidas, entretanto direciono às obras “Crises da República” de Hannah Arendt, “Direito ao Protesto” de Roberto Gargarella e “Uma Questão de Princípio” de Ronald Dworkin. O que quero ressaltar é que embora o direito de resistência seja visto de maneira distinta dependendo do autor, há em geral uma tentativa de juridicizá-lo, em uma postura no mínimo paradoxal, pois pensar o fora do direito não deveria depender da aceitação pelo direito.

necessidade não tem lei” (AGAMBEN, 2007a, p. 40, grifo meu). Assim, a necessidade teria o poder de justificar um descumprimento da lei, de maneira a não só tornar impunível a transgressão, mas também, desconfigurá-la enquanto transgressão. Ou seja, a necessidade teria o poder de tornar um caso específico não dedutível da lei geral, enquanto esta permanece vigente e válida.

A diferença principal apontada por Agamben entre necessidade e estado de exceção é que enquanto a primeira – chamada de exceção medieval – seria uma abertura do sistema a fatos externos, a exceção moderna seria justamente o contrário, o momento em que fato e direito coincidem. A posição da necessidade para os modernos é deslocada e torna-se o fundamento último da lei. Assim o estado de exceção apresenta-se como uma medida “ilegal” mas “jurídica e constitucional” que se concretiza na criação de novas normas ou de uma nova ordem jurídica (AGAMBEN, 2007a, p.44). Para Santi Romano, o qual acredita que a necessidade é a verdadeira fonte do direito, para além da legislação, a revolução não poderia aparecer como antijurídica (na verdade só é reconhecida como antijurídica do ponto de vista do direito positivo do Estado), pois é uma violência juridicamente organizada. De forma que tanto o estado de exceção quanto a revolução teriam a manifestação do estado de necessidade, fazendo uma indistinção entre fato e direito.

Todavia, a questão da necessidade apresenta alguns problemas, pois se a medida de necessidade já é norma jurídica e não simples fato, não precisaria ser aprovada por meio de lei; de outro lado, se é fato, os efeitos jurídicos da ratificação decorrem *ex tunc* e não do momento de transformação em lei, o que seria o normal.

Outra questão apresentada como crítica à teoria da necessidade é que esta não é uma questão objetiva, mas existe somente quando declarada como tal. A necessidade não consegue explicar adequadamente o estado de exceção e, em última análise, recai sobre uma decisão sobre o indecível de fato e de direito (AGAMBEN, 2007a, p.47).

O estado de exceção, como já antecipei no início do primeiro capítulo, expõe a forma de tratar as lacunas no direito. A posição clássica na teoria do direito é que a lei pode ter lacunas, mas não o ordenamento – a concepção do direito como sistema fechado expressa essa visão de que as respostas lhe são inerentes. Assim, o juiz não pode se escusar de decidir o caso. Se a lei não prevê a situação, e com isso a resposta fica prejudicada, deve-se usar outros expedientes como analogia, costumes, etc. A necessidade mostraria assim uma lacuna na lei, mas não propriamente em relação à lei, mas na relação entre a lei e a realidade. Isto quer dizer que há uma lacuna fictícia no ordenamento para que garanta a existência e manutenção deste mesmo ordenamento. A lacuna mostra, desta maneira, a criação de uma área em que a

aplicação e a lei estão dissociadas. É justamente a criação desta área, de uma situação de força de lei – sem lei, que está em jogo e no cerne do estado de exceção.

Desta exposição vemos que o estado de exceção não se deixa dominar por interpretações tradicionais que buscam apaziguá-lo e circunscrevê-lo em esquemas jurídicos prontos. O estado de exceção segue em um sentido oposto, a dizer, ao invés de ser contido no direito, espalha-se, em tempo, em espaço e a pretexto de salvar o ordenamento, converte-o em um espaço de indistinção com a vida.

É neste ponto que apresento o artigo 48 da Constituição de Weimar, o qual está no centro da problemática do uso do estado de exceção pelo regime nazista. Este artigo prevê que: *“Quando um Estado (Land) não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode obrigá-lo com a ajuda da força armada. Quando, no Reich alemão, a ordem e a segurança públicas estão consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o Presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o reestabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive com a ajuda da força armada caso necessário. Para tanto, pode suspender temporariamente, em todo ou em parte, os direitos fundamentais consignados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124, e 153¹¹³. De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o Presidente do Reich deverá dar conhecimento ao Parlamento. A pedido deste, tais medidas se tornarão sem efeito. O Governo de um Estado poderá aplicar provisoriamente as medidas expressas no parágrafo 2º deste artigo quando o atraso em adotá-las implique perigo. Tais medidas se tornarão sem efeito a pedido do Presidente do Reich e do Parlamento. Os pormenores serão regulamentados por uma lei do Reich”* (Tradução presente em BERCOVICI, 2004, p. 206). A despeito da parte final, nunca houve a regulação por uma lei, o que fez com que persistisse a amplitude dos poderes delegados através do artigo.

Já pela leitura do texto do artigo pode-se perceber claramente sua vagueza, tanto na delimitação das situações em que pode ser invocado - segurança e a ordem pública estiverem seriamente conturbadas ou ameaçadas – como também a amplitude dos direitos fundamentais que poderiam sofrer restrição. A história deste artigo é de fundamental importância para compreender a tomada de poder pelo regime nazista.

A Constituição de Weimar foi promulgada em 1919, e trazia originariamente a previsão expressa pelo art. 48. A utilização deste inicialmente deu-se em relação às crises econômicas e financeiras. O uso foi bastante disseminado, a ponto de no período de 13 anos (1919-1932) ter

¹¹³ Sobre os direitos passíveis de restrições: art. 114 – liberdade pessoal, art. 115 – inviolabilidade do domicílio, art. 117 – sigilo de correspondência, art. 118 – liberdade de imprensa e censura, art. 123 – liberdade de reunião, art. 124 – liberdade de associação, art. 153 – propriedade privada. SCHMITT, 1968, p. 260.

sido invocado em 233 situações distintas, tanto em situações econômicas, quanto em situações políticas (ROSSITER, 1963, p. 33).

No livro “A Ditadura” de 1921, Schmitt ao analisar o artigo em questão expressa ironicamente que se para Locke o direito sobre a vida e a morte dos súditos aparecia como o mais importante, este artigo mostra que as questões sobre a liberdade de expressão assumem seu lugar enquanto objeto mais importante do direito a ser protegido. O raciocínio do jurista alemão é que dentre as “medidas necessárias” mencionadas no artigo incluem-se, até mesmo, bombardeios de cidades¹¹⁴, sem necessidade de maiores especificações, enquanto que as restrições aos outros direitos são apontadas discriminando quais direitos podem ser limitados. Disto Schmitt conclui que a vida sempre pode ser eliminada, enquanto que os outros direitos têm uma proteção maior, pois precisam ser detalhados como passíveis de restrição na lei constitucional. Ou seja, a vida seria menos importante do que os outros direitos.

Sobre a utilização econômica e financeira, Schmitt no livro “A Defesa da Constituição” (1931) entende que o artigo 48 autoriza plenamente os decretos presidenciais com força de lei, inclusive nestas áreas.

A utilização do art. 48 para nas esferas econômica e financeira evidencia a questão do que pode ser entendido como lei, pois de um lado Schmitt fala em lei formal e de outro lei material. A lei formal seria a feita pelo órgão regulamentar, o Parlamento, enquanto que a lei material é a “não-lei” em sentido formal, ou seja, decretos que têm força de lei. E obrigam como tal.

Os argumentos contrários ao uso do artigo são refutados por Schmitt como provenientes de uma concepção legatária da monarquia constitucional do século XIX, cuja premissa seria a separação entre Estado e Sociedade. Por isso o Estado ao atuar na economia, sob a autorização da Constituição de Weimar, estaria questionando as tradições liberais anteriores pois estas desconheciam restrições relativas à propriedade.

Em circunstâncias de guerra, como a ocorrida neste período (1919-1933) na Alemanha, é possível perceber um campo fértil para a invocação de um artigo constitucional que pretendia lidar crises, inclusive econômicas. Rossiter (1963, p. 53) aponta que o uso do expediente excepcional para lidar com crises econômicas na Alemanha inspirou as medidas tomadas no New Deal por Franklin Roosevelt.

A utilização contínua do artigo em matéria econômica é defendida por Schmitt levando em consideração algumas decisões do Tribunal Supremo do Reich. Entretanto este argumento é

¹¹⁴ Conforme discurso na Assembléia Nacional do Ministro da Justiça do Reich, Schifter. SCHMITT, 1968, p. 258.

paradoxal, pois a tese defendida no livro (“A Defesa da Constituição”) é a necessidade do presidente do Reich, enquanto soberano, atuar como titular da defesa constitucional. Portanto utilizar-se de decisões do Tribunal, em que se reconhece o poder presidencial de decretação com força de lei parece arriscado em termos de coerência da argumentação.

Ainda sobre a forma como o artigo 48 foi invocado, Rossiter aponta uma mudança no decorrer do tempo, pois de 1919 à 1924 foi usado para suprimir insurreições que ameaçassem a República. Entre 1925 e 1930 não houve muita utilização, de forma que o Parlamento funcionou adequadamente. Com as crises econômicas e políticas o artigo voltou a ter amplo uso, e por vários anos foi a principal arma de defesa da República (ROSSITER, 1968, p. 59). Com a decretação por Hindenburg da situação excepcional em 1932 quando o governo Brüning tinha o apoio da minoria do Parlamento, houve a dissolução deste em 04 de junho e só voltou a ser convocado com o advento do partido nazista (AGAMBEN, 2007a, p. 29).

O art. 48 não surgiu com o nazismo, mas antes, em um momento democrático, entretanto teve papel decisivo não somente na chegada ao poder de Hitler, como também na maneira com que este governou. Nas palavras de AGAMBEN (2007a, p.12): “Logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos. O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, através do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado em sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos que são chamados democráticos.”

Pensar o Estado de Direito a partir do momento excepcional, e neste sentido ver como o regime nazista pôde chegar e continuar no poder por meios técnicos e jurídicos servem não só como alerta sobre o modo de atuação do direito, como também da política. A partir do art. 48 da Constituição de Weimar, e da maneira como foi invocado, podemos/devemos pensar o significado de democracia e de sua fragilidade, pois que mesmo em um momento considerado democrático foi possível o uso abusivo de expedientes que a comprometessem. E mais especificamente, pensar o que significa a advertência agambeniana de que a “criação voluntária de um estado de emergência permanente tornou-se uma das práticas essenciais dos

Estados contemporâneos”. Trata-se de compreender não somente o que significa o estado de emergência como regra, mas também o resultado disto nas práticas políticas e jurídicas. A partir disso passo a tratar do estado de exceção como paradigma, especialmente o sentido que lhe atribui Agamben.

Agamben em seu livro “Estado de Exceção” dedica um capítulo para o debate havido em Walter Benjamin e Carl Schmitt. De fato, sem esse recuo ou, como diz Agamben (2004, p. 84) sem a leitura schmittiana da soberania como resposta à crítica benjaminiana da violência, a nossa compreensão do estado de exceção com paradigma da modernidade restaria incompleta ou prejudicada.

2.2 HÁ UM CRÍTICO DA VIOLÊNCIA: WALTER BENJAMIN

No ensaio *Zur Kritik der Gewalt* (1921)¹¹⁵, publicado na revista *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, Benjamin pensa a violência pura, ou seja, desvinculada do estudo que em geral é feito pelo positivismo e pelo jusnaturalismo, os quais pensam a violência a partir da relação entre meios e fins¹¹⁶, ou seja, analisando qualquer coisa menos a violência em si. Portanto, ao eleger seu objetivo em termos de uma crítica da violência, sua meta foi analisar a violência independentemente dos fins e dos meios aos quais era utilizada. Seu objetivo é pensar a violência em si, e por isso despreza a distinção entre violência legítima e ilegítima, a qual traz uma concepção externa à violência.

Para Benjamin há dois tipos de violência ligadas ao direito: a fundadora e a conservadora do direito, ainda que não completamente separadas¹¹⁷. Além dessas há a violência divina, que surge como possibilidade de desvinculação entre meios e fins, e por isso também considerada pura. É esta violência (divina) que rompe com os nexos do direito

¹¹⁵O título já tem um elemento intraduzível, pois em alemão o termo *Gewalt* significa tanto violência quanto poder do Estado. “A ‘indecidibilidade’ que está no coração do termo alemão *Gewalt*, que significa tanto *poder* como *violência* (e afirma que um não existe sem o outro), já contém *in nuce* o centro da argumentação benjaminiana” (SELIGMAN-SILVA in CAPELA, SCRAMIN, 2005, p. 25, grifos no original). Derrida no livro “Força de Lei: o fundamento místico da autoridade” também aponta o caráter intraduzível do título do ensaio, é a partir desta impossibilidade constitutiva que se deve ler o texto.

¹¹⁶ A desvinculação entre meios e fins, ou seja, entre violência e um “propósito” pode ser vista na obra agambeniana, a qual é profundamente tributária dos ensinamentos benjaminianos, inclusive Agamben foi tradutor das obras do Benjamin para o italiano. Esta ligação pode ser vista já no título “Meios sem Fim”, livro de 1996, assim como as concepções acerca da “Comunidade que Vem”, livro de 1990, a qual seria caracterizada por uma profunda separação entre meios e fim, entre categorias e sua constituição.

¹¹⁷ “Começando por distinguir entre as duas violências, a violência fundadora e a violência conservadora, Benjamin tem que conceder, em dado momento, que uma não pode ser tão radicalmente heterogênea à outra, já que a violência dita fundadora é por vez ‘representada’, e necessariamente repetida, no sentido formal da palavra, pela violência conservadora.” DERRIDA, 2007, p. 64.

(de fundação e conservação) para destruí-lo, sem limites, sem ligações com aquele. Isto significa que o Direito não consegue erradicar a violência de seu interior, e quando tenta fazê-lo mostra-se ingênuo e despropositado. Benjamin exemplifica a impossibilidade de erradicação da violência do direito com a figura dos parlamentos, pois estes ao perderem a consciência das forças revolucionárias que lhe deram origem dão um triste espetáculo. Ou seja, em um sentido similar a Schmitt que quando trata da relação amigo-inimigo como fundamento da política, afirma que rejeitar essa distinção não ocasiona o fim da política, mas possibilita o desaparecimento de um povo “fraco”. Para Benjamin, ao se perder a noção da força fundadora e conservadora do direito, não se extrai a violência, mas se enfraquece a possibilidade de resolução dos conflitos, pois negar não significa eliminar, mas impossibilidade de lidar¹¹⁸. Nas palavras de Derrida, um dos comentadores deste enigmático texto: “enquanto não nos damos os meios teóricos ou filosóficos para pensar essa co-implicação da violência e do direito, as críticas habituais permanecem ingênuas e inconseqüentes.” (DERRIDA, 2007, p. 95).

A única quebra do nexo entre direito e violência não é pacifista – no sentido de pura negação da violência, posição considerada ingênuo – mas em si violenta. A violência divina¹¹⁹ a qual é uma violência não sangrante, apesar de violenta e letal¹²⁰, é o que rompe os limites, o que está não só fora como além do Direito e por isso questiona-o em sua própria existência desvinculada do âmbito jurídico. É a deposição do direito que possibilita uma nova época histórica (AGAMBEN, 2007a, p. 85).

Sobre o termo “puro”, entende Benjamin que a pureza advém não de uma relação exclusiva com o objeto, mas é um conceito relacional. Assim, a diferença entre a violência pura e a violência mítico-jurídica não reside nela mesma, mas em sua relação com algo exterior. No puro não há uma relação entre meios e fins, a violência pura não persegue determinados fins (neste sentido o cuidado benjaminiano de logo no início do ensaio excluir

¹¹⁸ Para Benjamin embora possa existir solução não-violenta de conflitos, esta possibilidade não está no direito: “(...) Sobretudo é preciso constatar que uma solução de conflitos totalmente não-violenta jamais pode desembocar num contrato jurídico. Embora este tenha sido firmado pelas partes contratantes em clima de paz, ele leva, em última instância à possível violência. (...) E não apenas isso: do mesmo modo como o final, também a origem de qualquer contrato remete à violência”. BENJAMIN, 1986b, p. 167.

¹¹⁹ A comparação de Benjamin para definir a violência divina é a violência mítica: “(...) tal tarefa suscita, em última instância, mais uma vez, questão de um poder puro, imediato, que possa impedir a marcha do poder mítico. Do mesmo modo como, em todas as áreas, Deus se opõe ao mito, assim também se opõe ao poder mítico o poder divino. Esse é o contrário daquele em todos os aspectos. Se o poder mítico é instituinte do direito, o poder divino é destruidor do direito; se aquele estabelece limites, este rebenta todos os limites; se o poder mítico é ao mesmo tempo autor da culpa e da penitência, o poder divino absolve a culpa; se o primeiro é ameaçador e sangrento, o segundo é golpeador e letal, de maneira não sangrenta” BENJAMIN, 1986b, p. 173.

¹²⁰ Esta questão é analisada por Derrida (2007, p. 64) através de uma crítica ao que poderia ser uma ligação entre o pensamento benjaminiano e o nazismo, através de uma posição antecipação das câmaras de gás, entretanto tal interpretação é criticada por SELIGMAN-SILVA (2005, p. 30) e AGAMBEN (2007b, p. 72).

as interpretações positivistas e do direito natural em relação à violência). A questão colocada é de uma “medialidade sem fins”, ou seja, de um meio que permanece como meio independente dos fins que persegue. Neste mesmo sentido, meio puro não é o que tem uma pureza intrínseca, mas se faz puro na forma com que se relaciona com os meios jurídicos. E aqui é feita a comparação com uma língua pura, assim considerada a que não é instrumento para a comunicação, mas que comunica a si mesma, sua própria comunicabilidade. A violência pura revela-se somente com a exposição e deposição da relação entre violência e direito.

Agamben aponta que não há neste ensaio referência à exceção, mas a outro termo caro à teoria schmittiana: a decisão (*Entscheidung*), mais especificamente à indecisão: “(...) é impossível decidir qualquer problema jurídico – aporia que talvez só possa ser comparada com a impossibilidade de decisão taxativa sobre o que é ‘certo’ ou ‘errado’ em linguagens que têm uma evolução histórica. Afinal, quem decide sobre legitimidade dos meios e a justiça dos fins não é jamais a razão, mas o poder do destino, e quem decide sobre este é Deus” (BENJAMIN, 1986b, p. 171). Do outro lado do ensaio de Benjamin está Schmitt e sua “Teologia Política”, o que nos faz pensar (com Agamben) em um diálogo de gigantes.

2.2.1 Diálogo de gigantes acerca do que é o vazio¹²¹

É importante sublinhar que Schmitt e Benjamin, embora aparentemente em “campos” separados¹²² – o primeiro alemão católico envolvido com o Nacional Socialismo, o segundo judeu alemão que se suicidou na impossibilidade de fugir do Nacional Socialismo – estabeleceram ricos debates acerca de questões relacionadas à política.

Schmitt considera que a exceção tem uma prevalência sobre a normalidade pois é a exceção que mostra como o ordenamento funciona. Ainda, é pela exceção que o ordenamento

¹²¹ Este título é claramente tributário ao título do capítulo 4 do livro “Estado de Exceção” de Agamben o qual foi traduzido por “Luta de Gigantes Acerca do Vazio”, que apesar de ser significativo, não expressa completamente a idéia original (em italiano o capítulo tem o título de “*Gigantomachia*”). Neste sentido deve ser lida a afirmação de Agamben: “Por razões que devemos tentar esclarecer, essa luta pela anomia parece ser, para a política ocidental, tão decisiva quanto aquela *gigantomachia peri tes ousias*, aquela outra luta de gigantes acerca do ser, que define a metafísica ocidental. Ao ser puro, à pura existência enquanto aposta metafísica última, responde aqui a violência pura como objeto político extremo, responde aqui a violência pura como objeto político extrema, como ‘coisa’ da política; à estratégica onto-teo-lógica, destinada a capturar o ser puro nas malhas *logos*, responde a estratégia da exceção, que deve assegurar a relação entre violência anômica e direito”. AGAMBEN, 2007a, p. 92.

¹²² Lembrar que os textos de Schmitt “O Führer protege o direito” e “Direito alemão em sua Luta com o Espírito Judeu” são de 1934 e 1936, respectivamente. Enquanto que Benjamin foi um grande crítico do fascismo e do nazismo, tendo se suicidado na impossibilidade de fugir do regime. Conforme trazido por Samuel Weber e Agamben, o diálogo entre os dois autores incluiu a troca de cartas, onde há o reconhecimento expresso de sua importância para a construção teórica de ambos.

é constituído. Para Benjamin a exceção assume outro papel, não mais o de contrapor-se à normalidade, mas em conformidade com esta, de maneira com que ambas sejam indiscerníveis.

A análise do debate Schmitt-Benjamin foi feita por Samuel Weber no artigo “Taking Exception to Decision: Walter Benjamin and Carl Schmitt” (1992) e é retomada por Agamben para mostrar como a exceção é pensada de forma bastante diversa por ambos os autores. Algumas das obras de Schmitt e de Benjamin podem ser lidas como partes de um diálogo constante¹²³, o qual se iniciou a partir da publicação de *Zur Kritik der Gewalt* (1921). Este ensaio, repito, foi publicado na revista *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, da qual Schmitt era leitor assíduo. É a partir da leitura do ensaio por Schmitt que Agamben tenta ler a teoria schmittiana da soberania como resposta à crítica benjaminiana da violência (AGAMBEN, 2007a, p. 84).

O livro “Teologia Política” de 1922, como acabei de dizer, pode ser lido como a resposta schmittiana ao ensaio “Crítica da Violência/Crítica do Poder”. Este livro marca uma mudança nas considerações schmittianas sobre a exceção. Antes ele havia publicado o livro “Da Ditadura” (1921) no qual estabelecia uma distinção entre ditadura soberana e ditadura comissária. Neste livro, ele procura pensar a ditadura na teoria do estado e na teoria jurídica, partindo da ditadura romana para chegar à atualidade, especialmente na circunstância do ES (enquanto ditadura no ordenamento jurídico existente). Embora no “Teologia Política” haja uma alteração substantiva em seu pensamento, não me parece despropositado ver, ainda que brevemente, algumas das considerações expostas sobre a ditadura e sua relação com a normalidade.

Logo no prólogo, Schmitt explica a importância do conceito de ditadura para a teoria do estado e da constituição, e apesar deste ter aparecido somente de maneira incidental em diversos campos, permaneceu como um termo confuso, o que traz popularidade de seu uso, ao mesmo tempo em que gera uma enorme desconfiança na utilização pelos “eruditos do direito”. O objetivo do estudo schmittiano é mostrar que o termo passou por diversas mudanças de sentido¹²⁴ que são correspondentes às mudanças na teoria do estado, pois o conceito de ditadura depende do que se entenda por Estado normal. Isto reafirma que não se pode pensar a exceção sem levar em consideração o que se entende por normalidade. Este é

¹²³ Especialmente o “Origens do Drama Barroco Alemão” pode ser lido – a partir da carta de 1930 enviada por Benjamin à Schmitt – como resposta ao “Da Ditadura”. Carta apresentada no artigo de WEBER, 1992.

¹²⁴ A figura do ditador de fato pode ter muitas representações, desde o ditador romano (que sempre paira quando se trata do assunto) até Napoleão Bonaparte.

um dos nós que a exceção explicita, a partir do caso extremo é que o ordenamento normal adquire maior vitalidade¹²⁵.

A distinção feita entre ditadura comissária e ditadura soberana é bastante tributária da diferença entre poder constituído de um lado, e poder constituinte de outro. Entretanto parece esquecer algumas das tensões naturais que ocorrem neste arco jurídico-político em prol de uma consideração centrípeta do direito.

Esta questão (dos poderes que constituem e são constituídos) foi colocada pela primeira vez pelo abade Sieyès no contexto da defesa da Assembléia Nacional no período posterior à Revolução Francesa. Quando Sieyès lança a obra “O Que é o Terceiro Estado” o único parâmetro de constituição era a inglesa e, portanto, necessitava de uma teoria da constituição, especialmente quanto à sua criação. Segundo Sieyès, a função desempenhada pelo terceiro estado sempre foi negligenciada em prol de interesses de grupos minoritários e nesse sentido famosa a assertiva do início do livro na qual estabelece que o terceiro estado é tudo, mas não tem sido nada na ordem política. Em sua teoria, o terceiro estado é o “conjunto dos cidadãos que pertencem à uma ordem comum” (SIÈYES, 1986, p. 72).

Assim, ao consagrar a importância do terceiro estado, considerando-o como a própria nação, Sieyès enfatiza o poder popular em face dos poderes tradicionais (notadamente o dos nobres feudais e da Igreja). Para alcançar o poder popular pretendia uma influência paritária no Estado. Os critérios utilizados para atingir tal paridade são: escolha de seus representantes entre aqueles que pertençam efetivamente ao terceiro estado; o número de seus deputados igual ao da nobreza e do clero; e que os Estados deveriam votar por pessoas e não por ordens. Mas principalmente, em sua noção de equilíbrio na representatividade perante o Estado, confere uma importância fundamental ao papel desempenhado pela Constituição que efetivamente reflita os anseios da população. Para que haja tal correspondência, a constituição deve ser elaborada pela nação, entendida como o terceiro estado: “Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação. Se precisamos de uma Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem o direito de fazê-la” (SIÈYES, 1986, p. 132). Há, portanto, uma identificação na origem e essência do poder constituinte com a população, e, na atividade de criação do sistema jurídico não pode haver limitação de nenhuma espécie. Isto significa que o momento de constituição de determinada ordem é, também, momento de exceção, ainda que constitutiva, pois não se segue a ordem precedente para que seja construída uma nova.

¹²⁵ Nas palavras de Schmitt: “(...) a ditadura – que, **enquanto exceção, permanece em uma dependência funcional daquilo que nega** – converteu-se assim mesmo em uma categoria filosófico-histórica”. SCHMITT, 1968, p. 25. Grifos meus.

Da distinção entre poder constituinte e poder constituído surge a distinção entre os dois tipos de ditadura, pois a comissária é utilizada em nome da proteção dos poderes já existentes, ameaçados de desintegração, enquanto que a soberana é a exceção constitutiva acima citada, ou seja, é a não aplicação de um ordenamento pelo fato da construção de uma nova ordem.

Na ditadura comissária há uma oposição entre normas jurídicas e normas de realização do direito, que apesar de transpassar todo o direito, aqui se converte em uma oposição entre norma jurídica e regra técnica objetiva da ação. Há uma suspensão da Constituição para a defesa *in concreto* desta mesma constituição (SCHMITT, 1968, p. 181). Assim, a função do ditador é criar uma situação em que possa realizar-se o direito, porque cada norma jurídica pressupõe um meio homogêneo, uma situação normal para ter validade (SCHMITT, 1968, p. 182).

Já a ditadura soberana pretende criar uma situação em que seja possível uma Constituição considerada verdadeira – em oposição à existente, logo seu apelo de legitimidade não é às leis existentes, mas à potência criadora de novas leis. É, portanto, ligada ao poder constituinte, e ao seu poder ilimitado¹²⁶. Esta distinção entre poder constituinte e poder constituído é abandonada em prol da decisão como critério de soberania.

A hipótese agambeniana é que o “Teologia Política” foi uma resposta de Schmitt ao “Crítica da Violência/Crítica do Poder”. Na medida mesma em que Benjamin pensou a violência fora e além do direito, Schmitt ao caracterizar a exceção como um fora do direito, que, ao mesmo tempo – ou justamente por isso - está incluído procurou trazer para o direito esta violência, negando um *fora*. A diferença na postura teórica de ambos sobre a soberania pode ser sintetizada como centrífuga e centrípeta: enquanto Benjamin quer desfazer as amarras que prendem a violência ao direito (seja para instituí-lo ou para mantê-lo) e com isso

¹²⁶ O conceito de poder constituinte e de revolução, assim como tantos outros, pode ser trabalhado de forma a encobrir uma dominação ilegítima. Lembro do prólogo do Ato Institucional n. 01 em que se apelava à idéia de revolução para justificar a tomada de poder. “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe”. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm>. Acesso em 20 out. 2009.

desfazer a relação entre meios e fins para pensar em um puro meio, Schmitt pensa um conceito-limite para reafirmá-lo enquanto submetido ao direito. Ou seja, se pensa um fora do direito é para mostrar que este fora é constitutivo, e conseqüentemente não simplesmente está fora.

Desta maneira Schmitt, segundo a interpretação de Agamben, liga a idéia de violência pura de Benjamin à sua violência soberana. Uma parte importante do debate entre os dois autores refere-se à questão da (in)decidibilidade. Se para Benjamin há a indecisão, Schmitt responde ligando a soberania à decisão, na já citada assertiva de que o “soberano é quem decide sobre a exceção”. Esta seria uma tentativa de neutralizar a violência pura e garantir que a anomia esteja no contexto do direito. Desta forma, é a perspectiva de inclusão/exclusão no âmbito do direito que dá o tom do debate entre estes dois dos grandes nomes do século XX.

Em “As Origens do Drama Barroco Alemão” Benjamin desenvolveu uma concepção da soberania que parte de Schmitt para sutilmente invertê-la. Se para Schmitt a decisão é fundamental, o soberano barroco de Benjamin é justamente o que não pode decidir.

Sobre este livro, na carta de Benjamin para Schmitt, aquele aponta diretamente a influência do “Teologia Política”. Em um dos trechos há uma retomada do conceito schmittiano de soberania mas com uma pequena – e decisiva – alteração: ao invés de considerar que o príncipe decide, escreve que a função do príncipe é excluir o estado de exceção (WEBER, 1992, p. 12): “Ao passo que o conceito moderno de soberania resulta no exercício pelo Príncipe de um poder executivo supremo, o do Barroco nasce de uma discussão sobre o estado de exceção, e considera que **impedí-lo** é a mais importante função do Príncipe. Quem reina já está desde o início destinado a exercer poderes ditatoriais, num estado de exceção, quando este é provocado por guerras, revoltas ou outras catástrofes.” (BENJAMIN, 1984, p. 89, grifos meus).

Talvez pareça que a análise benjaminiana do drama barroco¹²⁷ é de menor importância em relação à soberania, ou dito de outro modo, que as questões estéticas suscitadas são irrelevantes face ao aspecto político. Entretanto esta possibilidade deve ser eliminada para dedicarmos um pouco mais de atenção ao significado do drama barroco, o

¹²⁷ Sérgio Paulo Rouanet aponta a dificuldade de tradução do termo *Trauerspiel*, o qual é um termo corrente, e em alemão pode significar também tragédia. Não obstante, como a argumentação neste livro é feita em oposição justamente à tragédia esta tradução restou excluída. A opção por drama barroco foi feita para se opor ao termo alemão *drama*, o qual é usado como categoria genérica. Nota do tradutor, 1984, p. 09.

qual será importante para Schmitt, ao escrever a obra “Hamlet e Hecuba”, na qual trabalha com o trágico e critica a leitura benjaminiana deste estilo¹²⁸.

2.2.2 Diálogo de dois gigantes acerca do drama barroco

Para Benjamin a teoria do drama barroco é feita, em grande medida, em oposição ao drama. A partir daí é possível compreender porque no drama barroco o soberano não pode decidir, porque ainda que soberano é uma criatura e não um herói com o poder de remissão e salvação da ordem – ainda que esteja fora desta ordem, ou melhor, em um lugar paradoxal de inclusão e exclusão. A partir disso é possível seguir com Benjamin na definição do soberano e sobre sua indecisão. Ou seja, a partir do diálogo com Schmitt há uma completa inversão dos termos schmittianos. “A antítese entre o poder do governante e sua capacidade de governar conduziu, no drama barroco, a um traço próprio, mas que só aparentemente é característico do gênero, e que só pode ser explicado à luz da doutrina da soberania. Trata-se da indecisão do tirano. **O Príncipe, que durante o estado de exceção tem a responsabilidade de decidir, revela-se, na primeira oportunidade, quase inteiramente incapacitado para fazê-lo**”. (BENJAMIN, 1984, p. 94, grifos meus).

Enquanto Schmitt busca uma espécie de redenção¹²⁹, através do controle do estado de exceção pelo soberano, Benjamin estabelece que há uma escatologia branca, que não representa a redenção, mas o vazio. Este vazio é o estado de exceção. Desta forma o estado de

¹²⁸ Na apresentação do livro “Origem do Drama Barroco alemão” Sérgio Paulo Rouanet apresenta a teoria do drama barroco, a qual é feita em grande medida em oposição ao drama. Pela grande importância e especificidade das categorias benjaminianas reproduzo as explicações, ainda que longas, para demarcar a diferença dos dois estilos, especialmente em relação à figura do herói: “O drama barroco tem como objeto e conteúdo próprio a história, como a época a compreendia. O conteúdo da tragédia é o mito, a saga pré-histórica, embora trabalhada por tendências atuais. Tanto o protagonista do drama barroco como o herói trágico têm uma condição principesca, mas no drama essa condição se destina a ilustrar a fragilidade das criaturas, mais visível nas de alta linhagem, enquanto na tragédia remete a um passado que efetivamente se articulava em torno da condição senhorial. A morte do herói trágico é um destino individual, um sacrifício pelo qual o herói quebra o destino demoníaco, anunciando a vitória sobre a ordem mítica dos deuses olímpicos. Ela é ao mesmo tempo expiação devida aos deuses, guardiões de um antigo direito, e a promessa de um novo estado de coisas, a antecipação de uma nova comunidade, ainda virtual: um sacrifício ao deus desconhecido. (...) No drama barroco, a morte é apenas a prova mais extrema da impotência e desamparo da criatura. Não é um destino individual, mas da criatura humana. Não exprime nenhum desafio, nem anuncia uma ordem nova, porque qualquer transcendência é alheia ao Barroco (...). Na tragédia, o tempo é linear: o herói rompe o destino mítico através da orgulhosa aceitação da culpa, e com isso a maldição se extingue. No drama barroco, o destino é onipotente, e a culpa é a sujeição da vida da criatura à ordem da natureza. Movido pelo destino, o drama barroco não tem tempo, ou está sujeito ao tempo do eterno retorno. (...) o drama barroco não tem heróis, mas somente configurações.” (ROUANET in BENJAMIN, 1984, p. 29).

¹²⁹ Devo ressaltar que a utilização de vocabulário teológico não se dá por acaso, mas para trazer o pensamento schmittiano presente no livro “Teologia Política” onde o autor estabelece que “a teologia política é sobretudo e antes de mais nada um conceito teológico” (SCHMITT, 1988, p. II) para completar que “a situação excepcional tem para o direito o mesmo significado que o milagre para a teologia” (SCHMITT, 1988, p. VI).

exceção “não aparece mais como o limiar que garante a articulação entre um dentro e um fora, entre a anomia e o contexto jurídico em virtude de uma lei que está em vigor em sua suspensão: ele é, antes, uma zona de absoluta indeterminação entre anomia e direito, em que a esfera de criação e a ordem jurídica são arrastadas em uma mesma catástrofe” (AGAMBEN, 2007a, p.89).

Se Schmitt pensa a exceção como o milagre, Benjamin mostra a catástrofe, que arrasta o mundo em direção a uma catarata¹³⁰ (BENJAMIN, 1984, p. 89). Catástrofe que não é messiânica, mas simplesmente destino. Quando se fala em catástrofe em termos benjaminianos vem a mente a imagem do *Angelus Novus*, apresentada na IX Tese sobre a história (1942), em que a história é apresentada como catástrofes, ruínas sobre ruínas, ao mesmo tempo em que o progresso impele para a frente. “Há um quadro de Klee que se chama *Angelus Novus*. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido ao passado. **Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa aos seus pés.** Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso” (BENJAMIN, 1986a, p. 226).

2.2.3 Benjamin e as Teses sobre a História: uma homenagem apócrifa a Schmitt

As teses sobre a história apresentam ainda uma outra chave para a compreensão benjaminiana de exceção – assim como da compreensão de Agamben – presente na VIII tese, onde ele não só usa o termo estado de exceção como radicaliza sua posição inicial de indecidibilidade, para tornar o excepcional, normal, de forma que o soberano não pode decidir, como não há distinção entre normalidade e exceção que possa ser feita. Esta tese dialoga e desloca o sentido da concepção schmittiana de soberania, em uma espécie de homenagem

¹³⁰ “No pensamento teológico-jurídico, tão característico de nosso século, manifesta-se o efeito de retardamento provocado por uma superexcitação do desejo de transcendência, que está na raiz dos acentos provocativamente mundanos e imanentistas do Barroco. Pois ele está obcecado pela idéia da catástrofe, como antítese ao ideal histórico da Restauração. É sobre essa antítese que se constrói a teoria do estado de exceção (...)” BENJAMIN, 1984, p. 89.

apócrifa¹³¹. Pois se para Schmitt a “regra regra só vive pela exceção” (SCHMITT, 1988, p. 25), Benjamin inverte os termos desta equação ao escrever que “o ‘estado de exceção’ no qual vivemos é a regra geral”. Esta alteração, como a feita sobre a (in)decidibilidade do soberano, muda completamente o local e características da exceção. Isto porque se Schmitt credita à exceção a possibilidade da existência da norma geral, ao inexistir diferença entre exceção e regra, por a exceção ser a regra, o esquema schmittiano não pode se manter e, assim, se fragmenta (BENTO, 2000, p. 4).

A importância da VIII tese sobre a história vai além da enunciação da normalidade da exceção. A convocação que Benjamin faz para a construção de um verdadeiro estado de exceção não pode passar em branco, mas impõe, demanda a reflexão sobre o que seria o estado de exceção verdadeiro. “A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ no qual vivemos é a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerando como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX ‘ainda’ sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável” (BENJAMIN, 1986a, p. 226). A ligação entre as duas teses, dentre outros pontos, está na importância do conceito de progresso, ou mais especificamente no fato de que o progresso não elimina a exceção, ou nos termos da tese: o progresso alcançado no século XX não elimina – ou é contraditório – com o fascismo. Isso nos leva a mais uma das indicações benjaminianas, a de que todo documento de cultura é um documento de barbárie. Portanto progresso e barbárie não são opostos, mas interrelacionados, assim como direito e exceção não são separados, ou apenas co-constitutivos mas, segundo Benjamin e Agamben, indistinguíveis. Por isso que questionar sobre o “como foi possível” é seguir a lógica do fascismo de que o progresso é linear e constante¹³².

¹³¹ Nas trocas epistolares entre Scholem e Benjamin aquele percebe que algumas das considerações benjaminianas são feitas de homenagens apócrifas que só adquirem seu significado ao levar em conta o sentido inicial e onde Benjamin deslocou-o, de modo a dialogar e reconstruir a idéia originária de outro autor. SCHOLEM, BENJAMIN, 1992.

¹³² Neste ponto cabe ressaltar que o totalitarismo – no sentido arendtiano – apóia-se no mito, assim o uso da história para justificar o regime, assim a própria utilização de discursos justificadores (como a raça ariana, o mito solar), da arquitetura grandiosa, do cinema como fonte de propaganda e exaltação dos ideais nazistas. Sobre este tópico ver: LACQUE-LABARTHE e NANCY (2002) e Arquitetura da Destruição (1992).

Ao ver uma delimitação estrita entre normalidade e exceção Schmitt, na interpretação de Agamben, considera o estado de exceção um dispositivo¹³³ que articula a ordem jurídica, e assim, quando a exceção se torna norma a máquina não pode mais funcionar (AGAMBEN, 2007a, p. 91). É justamente o que significa a exceção ter se tornado regra e a máquina não poder mais funcionar que na sequência discutirei.

2.2.4 A Exceção, a regra e o paradigma

A tentativa schmittiana de inclusão no direito de algo que lhe seria externo dá origem ao que Agamben nomeia como o paradoxo da soberania, pois o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico. Do que decorre que a lei está fora dela mesma. A partir deste paradoxo o papel da soberania fica embaralhado, pois nem é derivada do direito, e tampouco pode ser vista de maneira integral na decisão do soberano.

Que o soberano não possa decidir, ou que sua decisão não tenha a força que Schmitt lhe concede, decorre que não se pode ver com clareza a distinção entre um dentro e um fora, ou entre a exceção e a normalidade. Desta indistinção, que Benjamin já havia alertado com a tese VIII, vemos que a tentativa do direito lidar com o que lhe é externo, através de sua domesticação, encontra limites bastante concretos, como se pode perceber nos exemplos históricos trazidos no primeiro capítulo. Neste momento o que se impõe é diferenciar exceção que não pode ser distinguida em uma linha definida da normalidade e a exceção como paradigma de governo, como pretende Agamben: “Diante do incessante avanço do que foi definido como uma ‘guerra civil mundial’, o estado de exceção **tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea**. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma **técnica de governo** ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e

¹³³ Dispositivo é um dos termos que devem ser explicados dada a significação intrínseca, pois na construção teórica agambeniana algumas palavras devem ser bem delineadas e delimitadas, por constituírem pontos importantes e fundamentais para a compreensão do pensamento do autor. Agamben explica que esta palavra é um termo técnico fundamental na estratégia de pensamento de Foucault, embora nunca tenha sido expressamente definido por ele. Mas pode ser considerado como um conceito operativo de caráter geral, neste sentido um dos “universais” – no sentido foucaultiano – designando a rede que se estabelece entre elementos heterogêneos (lingüísticos e não lingüísticos) inseridos em uma relação de poder. Partindo e ampliando a concepção foucaultiana de dispositivo, Agamben sugere que seja assim considerado “qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes.” (AGAMBEN in CAPELA, SCRAMIN, 2005, p. 12). Dispositivo é assim uma classe, como a dos viventes, cuja interação produz uma terceira classe: os sujeitos. Portanto dispositivo é entendido como uma captura e separação, cuja restituição ao uso comum pode ser feita através da profanação e do jogo. Sobre esta questão ver: de Giorgio Agamben: “O que é um Dispositivo” (AGAMBEN in CAPELA, SCRAMIN, 2005), “Profanações” (2007c) e “Homo Sacer” (2007b, p. 98).

o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nesta perspectiva, como um **patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo**”. (AGAMBEN, 2007a, p. 13, grifos meus).

A questão que se (im)põe é saber se um fato extremo pode servir de paradigma para a normalidade. Ainda que acompanhem as noções schmittianas de que a norma nada prova, ao contrário da exceção, a qual joga luz sobre o ordenamento, eleger justamente a exceção como paradigma não seria ultrapassar, e com isso descaracterizar, o objeto de análise? Ou dito de outra forma, em que medida os acontecimentos históricos – ainda que recentes – podem ser utilizados para corroborar a tese – filosófica – agambeniana? É nesta trilha que iremos nos embrenhar agora, na explicitação do sentido que Agamben pretende conferir ao termo “paradigma”, o que traz também a distinção entre acontecimentos históricos e concepções filosóficas.

Quando Agamben se utiliza do termo paradigma não está se referindo ao sentido proposto por Thomas Kuhn, mas retomando o pensamento grego. Antes de ir ao encontro da advertência metodológica agambeniana, friso que o conceito de paradigma é fundamental em seu pensamento pois eleger algumas figuras existentes no caso extremo: não somente a exceção, mas os campos, *homo sacer*, e o muçulmano¹³⁴, como paradigmas da modernidade. Em primeiro lugar, estas figuras claramente pertencem a um fenômeno histórico, mas na análise agambeniana ultrapassam essa função para serem filosoficamente pensados. Neste momento trago as reflexões de Agamben sobre o método exposto no artigo “O Que é um Paradigma” do livro “*Signatura Rerum*” (2008). Neste trabalho ele pretende expor suas concepções de método, com a advertência inicial que o método não precede o objeto, mas é feito conjuntamente com este. Novamente a importância de se pensar o método de definição do que é paradigmático.

Paradigma é um termo com um significado bastante marcado, especialmente pela noção proposta por Kuhn em “A Estrutura das Revoluções Científicas” (1962), onde designa um certo consenso científico vigente em determinado período¹³⁵. Quando este consenso perde

¹³⁴ As concepções de campos, muçulmano e *homo sacer* serão apresentadas em seguida. Entretanto não haverá prejuízo para a análise da concepção de paradigma pois este não pressupõe uma consideração exaustiva do significado histórico das figuras, mas o motivo de terem sido eleitas como representativas para a compreensão da política contemporânea.

¹³⁵ ‘Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.’ (KUHN, 2001, p. 13). Continua explicando paradigma a partir da ciência normal: “Com a escolha do termo [paradigma] pretendo sugerir que alguns exemplos aceitos na prática científica real – exemplos que incluem ao mesmo tempo, lei, teoria, aplicação e instrumentação – proporcionam modelos dos quais brotam as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica. (...) O estudo dos paradigmas, muitos dos quais bem mais especializados do que os indicados acima, é o que prepara basicamente o estudante para ser membro da comunidade científica determinada na qual atuará mais tarde. Uma vez que ali o estudante reúne-se a homens que aprenderam as bases

valor há uma crise paradigmática, ou seja, não se tem mais o consenso quanto à situação anterior, mas ainda não surgiu um novo, de maneira que há uma crise no sentido de que o conhecimento científico não explica mais as questões colocadas. Para Agamben, Kuhn utiliza paradigma em dois sentidos distintos: o primeiro é o apresentado acima, designa o que os membros de uma certa comunidade científica têm em comum. No segundo sentido paradigma é um elemento específico do todo, é um exemplo que explicita as regras e define uma tradição coerente de investigação. Neste sentido paradigma é um fenômeno singular, que pode ser repetido e adquire a capacidade de tacitamente modificar o comportamento e a prática dos cientistas.

Este segundo sentido é o mais antigo e pode ser encontrado, segundo Agamben, na obra “*Análítica priora*” de Aristóteles, na relação entre universal e particular¹³⁶. O paradigma não é nem uma parte a respeito do todo, nem um todo a respeito da parte, mas funciona como uma parte a respeito da parte. Ou seja, não se trata de opor universal e particular, mas lidar com o particular em relação ao particular, e com isso sair de algumas dualidades que têm seu lugar estabelecido na lógica binária, como esta entre universal e particular, mas também entre inclusão e exclusão, legalidade e exemplificação, dentre outros¹³⁷.

Ainda, Agamben traz o pensamento de Kant no livro “Crítica à Razão Pura”. Nesta obra fala do exemplo, da aporia entre regra e exemplo, que só é resolvida caso se abandone sem reservas a dupla particular-geral como modelo de inferência lógica e em seu lugar assume-

do seu campo de estudo a partir dos mesmos modelos concretos, sua prática subsequente raramente irá provocar desacordo declarado sobre pontos fundamentais (...)” (KUHN, 2001, p. 30).

¹³⁶ Agamben refere-se ao 69a do livro II dos “Analíticos Anteriores”: “Temos um paradigma quando se demonstra que o extremo maior é aplicável ao termo médio por meio de um termo semelhante ao terceiro. É preciso que se saiba tanto que o termo médio se aplica ao terceiro termo, como que o primeiro [termo] se aplica ao termo semelhante ao terceiro. Por exemplo, que A corresponde a *má*, B a *guerrear com os vizinhos*, C *Atenas contra Tebas* e D *Tebas contra Fócida*. Então, se necessitamos demonstrar que a guerra contra Tebas é má, temos que nos contentar que a guerra contra os vizinhos é má. A evidência disso pode ser extraída de exemplos similares, digamos que a guerra de Tebas contra a Fócida é má. Então, uma vez que a guerra com os vizinhos é má e que a guerra contra Tebas é contra os vizinhos, fica evidente que a guerra contra Tebas é má. Ora, é evidente que B se aplica a C e D (pois são os dois exemplos de guerrear contra os vizinhos) e A a D (uma vez que a guerra contra a Fócida não causou nenhum bem a Tebas). Mas que A se aplica a B será demonstrado por meio de D. O mesmo método valerá supondo que nossa convicção de que o termo médio está relacionado ao extremo é extraída mais do que um termo semelhante. **Assim, evidencia-se que um exemplo representa a relação não da parte contra o todo ou do todo com a parte, mas de uma parte com outra parte, onde ambas estão subordinadas ao mesmo termo geral e uma delas é conhecida.** (...)” (ARISTÓTELES, 2005, p. 244-5, grifos meus).

¹³⁷ Na obra agambeniana estão sempre presentes paradoxos e aporias que pertencem à história da filosofia e se mostram sempre incompletos. Quebrar as dualidades é uma das tarefas sua obra se propõe, não no sentido de achar uma “solução”, mas de complexificação, de perceber que o pensamento não deve ser resumir a dois pólos estanques. É aqui que a noção de “resto” desenvolvida no livro “Tempo que Resta: comentário a carta aos Romanos” mostra-se fundamental, e está presente também em outras obras como “O que Resta de Auschwitz?”. Resto seria justamente o que não está inserido em uma lógica “ou A ou B”, mas é o que fica entre A e B. Não é por isso um mero meio termo, mas o que não pode ser representado e mostra a insuficiência da divisão entre todo e parte. “(...) o resto é precisamente o que impede as divisões de serem exaustivas, e exclui que as partes e o todo possam coincidir consigo mesmo. (...) O resto é, pois, um excedente de todo ao respeito da parte, e da parte a respeito do todo, que funciona como uma máquina soteriológica muito especial”. AGAMBEN, 2006, p. 61.

se que é somente a exibição do caso paradigmático que constitui uma regra, e assim não pode nem ser aplicada e nem enunciada. Aqui se mostra a questão da aplicação que não é um mero subsumir dos fatos às normas, ou do singular ao geral; mas na aplicação se constitui a norma.

As comparações com a linguagem são uma constante na obra de Agamben e, aqui, o exemplo do funcionamento do exemplo na gramática é bastante esclarecedor. O exemplo, ao ser enunciado, é excluído, não porque não pertence mas justamente por pertencer a uma classe. Há um isolamento de outros casos justamente por ser igual a eles. Isso é o que Agamben designa por *exclusão inclusiva*, pois a exclusão ocorre justamente por já estar incluída. Em outros termos “o que o exemplo demonstra é seu pertencimento a uma classe, mas, precisamente por isto, no mesmo momento em que a exhibe e delimita, o caso exemplar escapa dela (assim, no caso de um sintagma lingüístico, ele *mostra* o próprio significar e, deste modo, suspende suas significação) (...) O exemplo, digamos, é excluído do caso normal não porque não faça parte dele, mas, pelo contrário, porque exhibe seu pertencer a ele. Ele é verdadeiramente *paradigma* no sentido etimológico: aquilo que se ‘mostra ao lado’, e uma classe pode conter tudo, mas não o próprio paradigma” (AGAMBEN, 2007b, p. 29).

Ou seja, o paradigma não é visto como algo com pretensões universais, ou o que sempre ocorre, mas como a estrutura singular que articula a relação de inclusão e exclusão de um determinado sistema. Se o exemplo mostra a exclusão inclusiva, a estrutura topológica da exceção é contrária, a de *inclusão exclusiva*, pois é incluída no caso normal justamente por não fazer parte dele. A relação entre exemplo e exceção é a da articulação de um impossível lugar pleno, nem pertencimento e nem exclusão. Ou melhor, tanto pertencimento quanto exclusão.

Aí podemos já vislumbrar o que a partir da tentativa schmittiana de inclusão no direito de algo que lhe seria externo Agamben nomeia como o paradoxo da soberania, pois o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, e como consequência a lei está fora dela mesma. A partir deste paradoxo o papel da soberania fica embaralhado, pois nem é derivada do direito, e tampouco pode ser vista de maneira integral na decisão do soberano. Ou melhor, se o direito não pode ser visto como um ordenamento em que as normas “aplicam-se” ao caso, tampouco a decisão parece fundamentá-lo. A relação topológica do direito com seu exterior, o que é simplesmente a relação entre direito e vida é mais complexa e por isso menos dedutível de esquemas explicativos da origem. Se a exceção é excluída do direito, é justamente porque a norma aplica-se desaplicando-se desta. E com isso a exceção mostra-se não o caos que precede a ordem – em uma leitura schmittiana de criação da ordem normal – mas o que é *capturada fora (ex-capere)* e não simplesmente excluída (AGAMBEN, 2007b, p. 25).

A relação entre vida e direito na exceção, onde não há nem um puro fato e nem um puro direito pode ser retomada a partir da tese benjaminiana. Se o direito tem por finalidade a regulação da vida, tem por pressuposto sua impossibilidade, ao menos no sentido integral desta tarefa. E é a partir deste descompasso entre vida, direito e soberania que podemos pensar a exceção. Benjamin no “Crítica da Violência/Crítica do Poder” escreve algo que parece descontextualizado da análise da violência. Diz ele, logo depois de expor a distinção entre violência mítica e violência divina, que “é significativo que a qualificação do sagrado recaia sobre algo que, segundo o antigo pensamento mítico, é marcado para ser portador da culpa: a mera vida” (BENJAMIN, 1986b, p. 174). Qual o significado desta mera vida e como ela é incluída na política e no direito é um dos pontos que nos levam a pensar a política e o direito modernos, e isto interessa a soberania porque pode levar à consideração de que este lugar de indistinção entre o interno e o externo marca de maneira indelével a recepção e o controle da vida biológica. Passo a apresentar a figura trazida por Agamben como um de seus paradigmas, o *homo sacer*.

2.3 HOMO SACER E A SOBERANIA OU SOBERANIA EXCLUÍDA DE SI MESMA

Agamben retoma a figura do *homo sacer*, existente em Roma como um paradigma porque representa a indistinção e a aporia da deslocalização. Isto porque ao mesmo tempo em que é sacro, é matável. Ou seja, pertence a dois âmbitos distintos, o do direito divino e o do direito terreno, mas ao mesmo tempo não pertence a nenhum dos dois. Agamben discute o sentido dado ao termo por comentadores do direito romano para eleger a figura como estrutura política originária, “que tem seu lugar em uma zona que precede a distinção entre sacro e profano, entre religioso e jurídico” (AGAMBEN, 2007b, p. 81).

O *homo sacer* é mostrado por Agamben como uma figura pertencente ao direito criminal romano na qual se manifesta um paradoxo: ao mesmo tempo em que detém sacralidade, sua morte é impunível. As duas características, veto do sacrifício e a impunidade de sua morte apresentaram dificuldades de interpretação até mesmo para os autores romanos. Nesse sentido é apresentada a seguinte questão: “O que é então, a vida do *homo sacer*, se ela se situa no cruzamento entre uma matabilidade e uma insacrificabilidade, fora tanto do direito humano quanto daquele divino?” (AGAMBEN, 2007b, p. 81).

Para explicar a essência do *homo sacer* e o que significa a sacralidade e a impunibilidade, Agamben analisa o sacro e, nessa esfera, ele inclui outra figura: o bando. O bando, assemelhado ao tabu, mostra a ambigüidade do sacro. Ambigüidade esta que, para

Durkheim, na leitura de Agamben de “Formas elementares da vida religiosa”, manifesta-se através da possibilidade da transmutação entre o fasto e o nefasto (duas formas opostas, mas que podem passar de uma a outra sem alteração do objeto). Já a obra “Totem e Tabu” de Freud analisaria a questão da ambivalência, criando uma teoria da ambivalência em termos psicológicos, antropológicos e lingüísticos. Nesse livro o termo *sacer* é descrito como “santo e maldito” (AGAMBEN, 2007b, p. 86). O *sacer* é justamente a figura que representa a ambigüidade do sacro através de sua dupla característica de sacro e do maldito.

O *homo sacer* simboliza uma dupla exceção, está fora da lei humana, sem ter ingressado na lei divina. É um ser que está duplamente desprotegido. E nesse sentido pode-se dizer que tal como na exceção soberana, a lei aplica-se desaplicando-se, “(...) o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacriticabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. A vida insacriticável e, todavia, matável, é a vida sacra” (AGAMBEN, 2007b, p. 90). Nessa ordem, pode-se considerar que “soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacriticável, é a vida que foi capturada nesta esfera” (AGAMBEN, 2007b, p.91).

Por mais que possamos questionar a utilização de uma figura obscura do direito romano para fundamentar a estrutura política moderna, podemos aceitá-la como uma analogia da deslocalização moderna, representada, por exemplo, pelos refugiados (e de certa maneira pelos migrantes de forma geral). O *homo sacer* simboliza na ótica agambeniana como a vida biológica foi apreendida e utilizada pela política, e como o soberano pode dispor livremente dessa vida, em nome de uma estratégia de poder que inclui toda a população. Com os campos, enquanto figura paradigmática do estado de exceção. A partir disso podemos vislumbrar a biologização da vida, a redução do ser humano a meros complexos biológicos – a *zoé*. Portanto, na atualidade, ainda podemos vislumbrar que o paradoxo da sacralidade e a impunidade da morte ainda tem muito a acrescentar às análises acerca do estado de exceção.

Vida biológica assume o significado de algo que para os gregos é ausente da vida política. Para eles não havia um termo único para expressar *vida*, mas dois: *zoé* e *bíos*. Essa dualidade de termos expressa uma divisão considerada originária entre a vida biológica (que seria correspondente a voz, compartilhado também com os animais), e a vida política (correspondente a fala, algo tipicamente humano). A *polis* só inclui a vida política, sendo que a vida biológica fica circunscrita ao âmbito doméstico, regido não pela política, mas pela economia, no qual ficavam as mulheres, os escravos e as crianças. A política só era exercida enquanto separada de questões econômicas de mera sobrevivência. A mudança deste painel é apontada não apenas por Agamben mas também por autores que se preocupam com o ocaso

da política na modernidade. Hannah Arendt em “A Condição Humana” mostra que a modernidade trouxe uma inflação no espaço privado que assumiu o espaço público, de forma que a política ficou pautada pela solução de questões relacionadas à sobrevivência. Para a autora alemã a vida pode ser dividida entre labor¹³⁸, fabricação¹³⁹ e ação¹⁴⁰, divisão que expressa a perda da esfera da ação na modernidade em prol da fabricação.

A compreensão da política para além da vida biológica é central nas análises modernas sobre a política. E é neste sentido que podemos entender a retomada do *homo sacer* por Agamben, como uma maneira de retomar a distinção grega entre os tipos de vida, ao mesmo tempo em que estabelece um limiar do que chama de vida nua, que não é nem a vida biológica e nem a política¹⁴¹, mas uma apropriação de maneira que seja impossível discernir ambas. É por isso que em sua leitura o *homo sacer*, é um paradigma, pois mostra que a vida biológica foi incluída na vida política de maneira inexorável e apresenta a indistinção das esferas da política e da biologia.

2.3.1 Bando: o fora-e-dentro da lei

A ligação com o *bando* é imprescindível para pensar a soberania porque representa justamente o abandono, o que não é somente estar *fora da lei*, mas ser abandonado por ela. O termo bando etimologicamente tem relações não somente com abandono, mas também com bandido. Esta relação é novamente colocada em termos de inclusão/exclusão e as possibilidades de pensar para além do direito quando retomamos a figura do grande bandido presente no ensaio “Crítica da Violência/Crítica do Poder”. O grande bandido é apresentado ali como o que põe em risco o direito não pelo crime que comete, mas por mostrar que é possível estar fora do direito, e com isso, torna-se uma espécie de herói, pois desafia o fato do

¹³⁸ “O labor é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujos crescimento espontâneo, metabolismo e eventual declínio têm a ver com as necessidades vitais produzidas e introduzidas pelo labor no processo da vida. A condição humana do labor é a própria vida. ARENDT, 2008b, p. 15.

¹³⁹ “O trabalho é a atividade que corresponde ao artificialismo da existência humana, existência esta não necessariamente contida no eterno ciclo vital da espécie, e cuja mortalidade não é compensada por este último. O trabalho produz um mundo ‘artificial’ de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural. (...) A condição humana do trabalho é a mundanidade”. ARENDT, 2008b, p. 15.

¹⁴⁰ “A ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda a vida política. (...)”. ARENDT, 2008b, p. 15.

¹⁴¹ A vida biológica é uma preocupação constante na obra de Agamben, assim como a definição do humano, ou seja, o que diferencia os humanos dos animais. Seu livro “Lo Abierto” tem como temática justamente a identificação desta diferença, que já adianto que em sua concepção não está em dados biológicos, mas políticos, e por isso a relevância e absoluta necessidade de pensar na questão.

direito pretender retirar o poder do indivíduo. Ou seja, o grande bandido desperta simpatia pelo fato de mostrar que existe um âmbito no qual o direito não consegue controlar, mesmo que pretenda fazê-lo.

Este estar dentro/fora que o bandido traz – ao mesmo tempo em que a lei o inclui, exclui – é a tônica do bando, do abandono, pois pode-se ser abandonado pela lei, ou à lei. Isto significa que a relação de abandono tal como teorizada por Agamben traz um questionamento profundo da lei, não pelo viés de uma não-aplicabilidade – como é o usual ao tratar da exceção como conceito limite – mas de sua constituição, o que supera o âmbito da teoria do direito para inscrever-se na filosofia.

Para Agamben trata-se da inscrição da questão não apenas na filosofia política, mas a recolocação da questão da soberania na ontologia, enquanto filosofia primeira. Para isso ele pensa a relação entre ato e potência¹⁴² e a relaciona com a relação entre poder constituinte e poder constituído.

Pensar o poder constituinte enquanto potência está nas considerações sobre este paradoxal momento de formação da ordem; uma espécie de caos constitutivo de ordem. O desafio geralmente apresentado é de como manter os dois momentos – constitutivo e constituído – separados, ou seja, sem que o poder constituinte seja assimilado pelo poder constituído e com isso seja descaracterizada em sua potência criadora. Esta questão é analisada por Antonio Negri em “Poder Constituinte: ensaios sobre as alternativas da modernidade”, no qual ele apela para a necessidade de manutenção da potência constituinte como possibilidade de mudanças e contra o enrijecimento do poder constituído. Na retomada de conceito de potência de Aristóteles, Agamben ressalta a “potência do não”¹⁴³, ou seja, de

¹⁴² Aristóteles discute potência e ato nos livros V e IX da “Metafísica”. Nestes livros há definição de termos importantes para a ontologia, mas o que interessa neste momento é frisar como há várias acepções para potência, e como a potência não conduz, necessariamente, ao ato. Neste sentido: “Há os que dizem, como por exemplo é sustentado pela escola de Megara, que uma coisa só possui potência quando atua, e que quando não está atuando carece de potência. (...) Não é difícil perceber as consequências absurdas desta teoria. (...) E como não podemos sustentar isso [que qualquer coisa que seja incapaz de se levantar se levante], evidencia-se que potência e ato são diferentes. Entretanto, essas teorias tornam a potência e ato idênticos, de sorte que não é pouco o que pretendem eliminar. Portanto, é possível que uma coisa possa ser capaz de *ser* e, ainda assim, *não ser*, e capaz de *não ser* e, ainda assim, *ser*. ” (ARISTÓTELES, 2006, p. 230-231). Sobre a potência do não ver nota abaixo.

¹⁴³ Agamben atribui tanta importância à “potência do não” que analisa o texto de Herman Melville “Bartleby, o escrivão” no qual a postura do personagem principal de responder todas as indagações com a fórmula “preferia não” é apresentada como possibilidade de reação, ou conforme escreve Peter Pál Pelbart, sob influência do pensamento de Heidegger, uma “biopolítica menor”, que poder ser usada como reação à “biopolítica maior”. A questão posta é como reagir a um poder que pretende controlar até a mais longínqua capilaridade biológica, toda e qualquer reação corporal. E neste sentido pensa-se a possibilidade desta reação a partir do corpo, de um corpo frágil e fraco, como de Bartleby e do “Artista da Fome”, segundo Pelbart: “Como então preservar a capacidade de ser afetado, senão através de uma permeabilidade, uma passividade, até mesmo uma fraqueza? Mas como ter a força de estar à altura de sua fraqueza, ao invés de permanecer na fraqueza de cultivar apenas a força, pergunta Nietzsche e, no seu rastro, Stiegler, Lapoujade, Gombrowicz referia-se a um inacabamento próprio à vida, ali onde ela *se encontra em estado mais embrionário*, onde a forma ainda não “pegou” inteiramente, e a atração irresistível que exerce esse estado de Imaturidade, onde está preservada a liberdade de ‘seres ainda por nascer’...

que a potência existe mesmo quando não transformada em ato, pois caso contrário a potência seria redundante ao ato, ou nos termos que tenho tratado o poder constituinte existiria e seria extinto somente pela conversão em poder constituído. A potência do não – a existência mesmo que não conversível em um ato – coloca em cena outra questão além da já mencionada relação constituinte/constituído, a de como diferenciar a soberania (popular ou nacional) de poder constituinte, ou seja, se o sujeito soberano é o mesmo sujeito constituinte.

É neste ponto que aparece a relação de bando, pois a potência aplica-se ao ato justamente na medida de não ser tornada ato, da mesma maneira o bando soberano aplica-se à exceção desaplicando-se. E o *homo sacer* representa justamente o abandono, a relação de bando que segundo Agamben fundamenta a soberania, esta relação da lei em que sua não-aplicação coincide com sua aplicação. A soberania, a exceção, o *homo sacer*, o campo são todas figuras que questionam a topologia do interno e do externo, e através da deslocalização constitutiva – e não meramente pontual ou por um descalibramento do funcionamento normal – mostram que a soberania e o direito estão fora de si, estão em si justamente por estarem fora. E nesta indistinção entre um dentro e um fora o que existe não é um mero equilíbrio dos termos impossíveis, mas algo novo. Assim, se falamos de um dentro e um fora impossíveis, o que se mostra é a indistinção, se o *homo sacer* não está nem no direito divino e nem no humano – embora esteja em ambos – sua comparação com o lobisomem, este misto de animal com o homem mostra que os espaços intermédios são constituições que questionam as próprias divisões tidas por originárias. É a partir dos questionamentos e da estranheza que Agamben apresenta a parábola kafkiana como uma lei que quanto menos prescreve, mais tem aplicabilidade.

2.3.2 A soberania “Diante da Lei”

A leitura agambeniana da parábola “Diante da Lei” de Kafka vê a lei enquanto representativa da posição de bando soberano. Esta parábola está no livro “O Processo” no qual Joseph K¹⁴⁴ passa por um processo que não se explicita enquanto tal, mostrando não

Porém, será possível dar espaço a tais "seres ainda por nascer" num corpo excessivamente musculoso, em meio a uma atlética auto-suficiência, demasiadamente excitada, plugada, obscena, perfectível? **Talvez por isso tantos personagens literários, de Bartleby ao artista da fome, precisem de sua imobilidade, esvaziamento, palidez, no limite do corpo morto.** Para dar passagem a outras forças que um corpo excessivamente blindado não permitiria (...)” (grifos meus). Disponível em: <<http://pphp.uol.com.br/tropico/html/textos/2792,2.shl>>. Acesso em 11 dez. 2008.

¹⁴⁴ A interpretação quanto ao nome da personagem é que representaria a letra K de Kafka, entretanto em artigo presente no livro “Nudità” Agamben apresenta uma outra explicação, a de que a letra representaria o termo *kalumniator*, figura que no direito romano representava aqueles que faziam falsas acusações. Na visão de

somente o absurdo do direito, mas o absurdo de uma vida onde o controle é exercido até as últimas capilaridades – para usar um termo foucaltiano – pois o poder que oprime pode tanto vir do Estado, quanto do pai que julga e condena, como em “O Veredicto”.

A parábola é contada dentro da catedral pelo Padre a Joseph K, padre este que K sabe pertencer ao aparelho judiciário. Esse conto narra a busca de um camponês pelo ingresso na lei. Ao chegar, depara-se com um guarda que bloqueia seu ingresso e anuncia que depois de si há inúmeros guardas que igualmente bloqueiam, sendo que quanto mais próximo da lei, mais forte o guarda. O camponês decide aguardar na expectativa que um dia possa ingressar na lei, e acaba por passar toda sua vida diante da lei e diante do guarda^{145 146}. Na iminência de sua morte pergunta ao guarda como é possível que tenha passado toda sua juventude e nunca tenha encontrado outra pessoa que quisesse ingressar na lei, quando o guarda replica: “*Ninguém senão tu podia entrar aqui pois esta entrada estava destinada apenas para ti. Agora eu me vou e a fecho.*”¹⁴⁷ (KAFKA, 1974, p. 232).

Para Agamben o texto expressa a forma pura de lei, na medida em que “ela se afirma com maior força justamente no ponto em que não prescreve mais nada, ou seja, como puro *bando*” (AGAMBEN, 2007b, p.57). É precisamente a relação entre a porta aberta da lei – e a

Agamben K é um autocaluniador. Ele calunia-se para mostrar que as bases do direito não estão na verificação de culpabilidade, feita pelo processo, mas na própria instauração do processo (é interessante notar como a língua inglesa descreve a resposta do processo, pois se nas línguas latinas há uma oposição entre *culpado* e *inocente*, no inglês há somente *guilty* e *not guilty*. Ou seja, ao menos na estrutura deste língua corrobora-se a hipótese do autor italiano de que “o ser chamado a causa, ser acusado no direito, perde sua inocência, vira ‘coisa’, ou seja causa, objeto da lide (...)”. AGAMBEN, 2009, p. 37. Assim, a estratégia de se caluniar seria uma – a única – forma de afirmar a própria inocência diante da lei (e da potência que ela representa). A autocaluniação seria uma estratégia de desativar e tornar inoperante a acusação. AGAMBEN, 2009, p. 39.

¹⁴⁵ O artigo “Before the Law” de Jacques Derrida é particularmente relevante. Ele sublinha o significado da palavra “diante”. No original em alemão é *vor*, e em inglês é *before*. Ambos as palavras significam tanto estar diante de no sentido geográfico, quanto no sentido temporal, um “estar antes da lei”. Este estar diante/antes da lei parece fortalecer a interpretação agambeniana, a qual vincula este diante da lei à pura forma de lei, uma lei que vige mas não significa, ou seja um *arché* da lei. Ou em outros termos, uma origem, e o que está escondido (no sentido de arca). Tal significado não ocorre nem na língua francesa e tampouco na portuguesa. DERRIDA, 1992, p. 200. Lembro que a parábola se tornou um texto autônomo em relação ao “Processo”. Ver ainda CHUEIRI, 2004a e 2004b.

¹⁴⁶ Novamente cito o “Before the Law” de Derrida no qual se tem a frente o “Before the Law” de Kafka para ressaltar um aspecto importante deste “estar diante”. Se é verdade que os protagonistas da parábola (o camponês e o guarda) estão diante da lei, ambos estão em posições di(s)ta(n)tes, pois enquanto o camponês está de frente para, o guarda está de costas para a lei. Esta oposição é vista por Derrida como a mesma que marca a separação do título da narrativa, já que o título do texto é exatamente a forma com que este se inicia. DERRIDA, 1992, p. 200.

¹⁴⁷ O judaísmo está bastante presente na obra de Kafka. Em dos autores que estudaram particularmente este aspecto foi Scholem. Entretanto esta resposta do guarda parece ligada à passagem bíblica presente no livro do Apocalipse Segundo São João: “E ao anjo da igreja que está em Filadélfia escreve: Isto diz o que é santo, o que é verdadeiro, o que tem a chave de Davi; o que abre, e ninguém fecha; e fecha, e ninguém abre/ (...) Eis que coloquei diante de ti uma porta aberta que ninguém pode fechar” (AP, 3:7-8). Derrida aponta outra conexão da parábola com passagens bíblicas, presente na Epístola de Paulo aos Romanos, 7, especialmente versículo primeiro: “Não sabeis vós, irmãos (pois que falo aos que sabem a lei), que a lei tem domínio sobre o homem por todo o tempo que vive?”, mas também versículos que se seguem que falam sobre a ligação da lei e do pecado. DERRIDA, 1992, p. 203.

impossibilidade de ingresso – que deve ser desvendada. O que significa estar aberta para o único que podia ingressar, e não o fez? Na interpretação de Agamben – visto que este texto teve muitos intérpretes – a lei estando sempre com a porta aberta não possibilita o ingresso, e retoma Cacciari para quem “o já aberto imobiliza (...). O camponês não pode entrar, porque entrar é ontologicamente impossível no já aberto” (in AGAMBEN, 2007b, p. 97). Neste sentido também pode ser lida a afirmação derridiana de que “[...] [a porta] sempre permanece aberta, marcando um limite sem se colocar em si um obstáculo ou uma barreira”¹⁴⁸ (DERRIDA, 1992, p. 203) Isto significa que, no momento em que a lei se afirma com mais força, é quando ela nada prescreve, em uma situação de forma pura da lei.

A lei se apresenta como uma impossibilidade exatamente no momento em que se mostra como abertura. Essa situação remete às considerações de Deleuze e Guattari sobre a lei: “[...] a lei apresenta-se como pura forma vazia e sem conteúdo, cujo objeto permanece incognoscível: a lei, portanto, só pode enunciar-se em uma sentença, e a sentença só pode ser aprendida em um castigo”¹⁴⁹. *Ninguém conhece o interior da lei*” (DELEUZE e GUATTARI, 1977, p. 65). De fato, a lei é uma das questões centrais em Kafka. Sobre o tema podemos trazer o conto “O Problema de Nossas Leis” no qual ele escreve que “nossas leis geralmente não são conhecidas, elas são mantidas secretas por um pequeno grupo de nobres que nos comandam” (KAFKA, 1995, p. 437)¹⁵⁰. A existência da lei é tributada mais à mera tradição destes nobres do que ao conhecer, ou seja, é pressuposta. A lei é somente o que os nobres dizem que é e crê-se que pertencerá, um dia, ao povo.

A partir desta impossibilidade de conhecer a lei, esta tentativa sempre atrasada de conhecer mais do que a tradição, podemos pensar o que contrapõe a “pura forma vazia” da lei de seu “interior”¹⁵¹. Para isso o diálogo epistolar ocorrido entre Scholem e Benjamin¹⁵² é

¹⁴⁸ Citação no original “He then simply steps aside and lets the man stoop to look inside through the door, which always remains open, marking a limit without itself posing an obstacle or barrier”.

¹⁴⁹ Aqui novamente remeto ao conto “A Colônia Penal” onde é somente através das chagas provocadas nas costas do condenado que este entende por qual crime foi condenado. É por isso que a máquina que marca a sentença deve ser transparente, e deve jorrar água para limpar a ferida, pois assim o público também pode entender a gravação da sentença.

¹⁵⁰ “Our laws are not generally known; they are kept in secret by the small group of nobles who rules us”.

¹⁵¹ Isto se considerarmos que a lei possui um “interior”, o que não é certo, pois a lei pode ser considerada como uma “pura forma de lei”, em que não há essência. Sobre o conto “O Problema de Nossas Leis” Derrida escreve “O segredo é nada – e este é o segredo que tem que ser mantido bem, nada apresenta ou apresentável, mas este nada deve ser bem mantido. (...) “Se a nobilidade é necessária, é porque sua essência não tem essência, não pode nem estar aqui e nem lá”. No original: “The secret is nothing – and this is the secret that must be kept well, nothing either present or presentable, but this nothing must be well kept. (...) If nobility is necessary, it is because this essence has no essence” DERRIDA, 1992, p. 205.

¹⁵² Estas cartas foram trocadas de forma contínua quando Scholem já vivia em Jerusalém há alguns anos e Benjamin estava fora da Alemanha. No período entre 1933 e 1940 Benjamin passou por vários locais, principalmente Paris, sul da Espanha e Dinamarca, enquanto procurava formas de sobrevivência que o permitissem manter sua produção intelectual. Nestas cartas fica claro tanto a dificuldade de ser judeu alemão em

significativo. Scholem manda para Benjamin (como a primeira página da carta foi perdida, não se sabe se a carta é de 10 ou 12 de julho de 1934) um poema no qual escreve que: “Tão-só brilha a memória/no tempo que te repudiou./E o teu Nada é a única/ vivência que te restou” (SCHOLEM, BENJAMIN, 1992, p. 175). Na carta de 17 julho 1934, a propósito do texto benjaminiano sobre Kafka, Scholem escreve que o “mundo de Kafka é o mundo da revelação, embora naquela perspectiva que se volta para o seu vazio, para o nada. (...) O problema é sua *inexiquibilidade*. É sobre este aspecto que teremos que nos pôr de acordo. E aqueles estudantes, a que você se refere no final, não são os que perdem o texto (...) mas sim estudantes que não conseguem decifrá-lo” (SCHOLEM, BENJAMIN, 1992, p. 178).

Em 20 de setembro do mesmo ano, Scholem envia à Benjamin carta em que descreve esta situação como “vigência sem significado”¹⁵³. Ou seja, há uma lei, mas que nada significa. Este não significar mostra a forma de lei, o qual podemos ler como situação diametralmente oposta à força de lei, em que uma não-lei tem força.

Seguindo as indicações benjaminianas e agambenianas sobre Kafka, a vida ao pé do castelo (referência claro ao livro “O Castelo” em que novamente K é personagem principal) é apreendida pela lei, ou melhor, lei e vida são indistinguíveis. Pensar o estado de exceção como regra significa pensar esta indistinção entre vida e direito – ou a apreensão da vida pelo direito, e nesta perspectiva o estado de exceção efetivo que Benjamin exorta seria justamente a desarticulação da pura forma da lei.

Voltando a estar “Diante da Lei”, esta parábola pode ser lida como a leitura de um fracasso – o não ingresso do camponês – pode ser considerada como uma estratégia de desativação deste mecanismo que por estar sempre aberto, impede o ingresso. Assim, o camponês pode ser aquele que assume a função de ressaltar a potência do não para fechar a porta e com isso possibilitar o acesso à lei.

Esta possibilidade que o vazio apresenta é a possibilidade de uma violência pura, ou de um direito puro, embora Agamben não use este termo. Se para Kafka o universo dos funcionários da justiça é o universo da culpa, da degradação e da sujidade (BENJAMIN,

um mundo em vias de destruição, como também o profundo interesse que Kafka despertava em Benjamin, pois este assunto é retomado continuamente.

¹⁵³ Trecho completo: “Você me pergunta o que entendo pelo ‘Nada da revelação’? Entendo um estado em que a revelação parece destituída de significado, no qual ela consegue se impor à medida que é *válida*, mas nada *significa*. Quando desaparece a riqueza do significado e o elemento (sic) que surge se reduz à própria nulidade embora não desapareça (e a revelação é algo que surge), pois aí se revela o seu Nada. É óbvio que no sentido religioso este é um caso limítrofe, sendo questionável se pode ser executado na realidade. Não posso compartilhar sua opinião de que é a mesma coisa se os alunos perdem ‘a escrita’ ou se não logram decifrá-la. Vejo nesse ponto um dos graves erros que você pode cometer. É justo a diferença entre essas duas posições que pretendi definir ao meu referir ao vazio da revelação”. SCHOLEM, BENJAMIN, 1992, p. 197, grifos presentes no original.

1986a, p.139), é no direito não aplicado que reside a chave da justiça¹⁵⁴. O direito não mais aplicado é o direito apenas estudado, o direito como um jogo, que ao separar os meios dos fins possibilita a criação de meios sem fim, ou seja, desenredados da violência do direito.

Além da experiência de estar diante da lei, também o novo advogado¹⁵⁵ apresenta a chave da justiça. O Dr. Bucéfalo, cavalo de Alexandre o Grande, ao não estar mais a serviço da conquista atua como advogado não aplicando, mas estudando o direito em antigos tomos. Segundo Benjamin: “A porta da justiça é o direito que não é mais praticado, e sim estudado. A porta da justiça é o estudo. Mas Kafka não se atreve a associar a esse estudo as promesas que a tradição associa no estudo da Torá. Seus ajudantes são bedéis que perderam a igreja, seus estudantes são discípulos que perderam a escrita (...)” (BENJAMIN, 1986a, p. 164).

Em resposta à Scholem datada de 11 agosto de 1934, Benjamin escreve que “(...) Se os estudantes a perderam ou se não conseguem decifrá-la, o resultado é o mesmo, porque a Escritura sem sua respectiva chave não é escrita e sim vida. Vida como a que transcorre na aldeia junto ao castelo no monte. Na tentativa de transformar a vida em escrita, vejo o sentido da ‘inversão’ a que apontam insistentemente várias parábolas de Kafka, entre as quais escolhi a ‘próxima aldeia’ e *Kübelreiter* (‘montado no balde’). (...) A categoria messiânica de Kafka é a ‘inversão’ ou o ‘estudo’”. (SCHOLEM, BENJAMIN, 1992, p. 188).

Seguir a observação de Benjamin de que uma escrita sem sua chave não é escrita, mas vida, nos é bastante útil para compreender que no estado de exceção há a aplicação de uma força de lei sem lei e, assim, só há a atuação da vida, ou em outros termos, na ausência de uma distinção entre norma e anomia, a vida torna-se o único referencial.

Depois da deposição do vínculo do direito com a violência o direito aparece como uma figura a ser somente estudada, ou seja, em uma medialidade sem fins, um jogo que rompe os dispositivos anteriores. O problema do direito depois da deposição do vínculo pode ser esboçado também como o que acontece com a lei depois de sua realização messiânica. O significado de um direito só estudado como porta da justiça é que a desativação e inatividade do direito conferem um novo uso, o mesmo que os personagens kafkianos fazem ao brincar com o direito no estado de exceção.

¹⁵⁴ Benjamin não considera que o direito não aplicado seja a justiça, mas sua *chave*. E nisto podemos aproximá-lo de Derrida, para quem “A justiça nela mesma, se algo como tal existe, fora ou para além do direito, não é desconstruível. (...) *A desconstrução é a justiça*”. DERRIDA, 2007, p. 27. Ou seja, a justiça nos dois casos não é algo que existe por si, mas exige a desconstrução, que neste contexto pode ser aproximado do brincar com o direito, de maneira a retirar os véus com os quais se esconde e poder, assim, romper as ligações de direito e violência, de meios e fins.

¹⁵⁵ Conto kafkiano no qual o novo advogado é o cavalo de Alexandre O Grande, Bucéfalo. A sua postura de estudar o direito e não aplicá-lo pode ser vista também como a postura de quem não quer mais avançar para frente, como faz o conquistador Alexandre, mas olhar para trás. BENJAMIN, 1996, p. 163.

A liberação do direito é tarefa do jogo, ou do estudo, de maneira a profaná-lo, desarticulá-lo e possibilitar uma nova comunidade, uma comunidade que vem¹⁵⁶, também ela livre de suas articulações atuais (entre nascimento, estado e território)¹⁵⁷. O jogo é uma categoria benjaminiana, ligada ao brinquedo, em uma análise de objetos de “dimensões liliputianas” (BENJAMIN, 1992, p. 172). O brinquedo não é apenas um aparato com o qual as crianças se divertem, nem tampouco uma mera reprodução dos objetos do mundo adulto, mas inserido em uma lógica que atua sob a lei da repetição, através da qual em cada situação a criança não apenas repete, mas vive novamente sua brincadeira.

Na análise agambeniana sobre o jogo, a perspectiva é antropológica através da oposição entre jogo e rito, ou seja, entre o sagrado e o profano, ou o “sagrado às avessas” (AGAMBEN, 2008b, p. 84). Enquanto o sagrado necessita da unidade entre rito e mito, no jogo há somente metade da operação, permanecendo somente o mito ou o rito. O que significa que o jogo retira da esfera do sagrado seu objeto, deslocando o rito do mito. É neste sentido que Agamben fala em profanação, em retirar da esfera do sacrado, pois somente pelo jogo rompem-se as conexões de um direito que precisa ser aplicado para que se torne um direito apenas jogado, ou estudado. Em suma, um direito que está nos livros e não precisa se impor, não precisa ser originado, ou conservado, mas está livre como um puro direito.

Se tornar sacro significa retirar da esfera do humano, do puro uso, profanar é, ao contrário, restituir ao uso, tornar possível um puro uso, e com isso, tarefa política. Mas tornar profano não significa simplesmente abolir esta esfera, pois entre o profano e o sacro algo permanece – e neste sentido o *homo sacer*, em que o caráter sacro e profano se confundem em uma pessoa. Nesta tarefa política de restituir ao uso humano o que lhe havia sido tirado, profanar difere de secularizar. Enquanto a secularização remove da esfera do sagrado, mas “mantém intactas as forças que se restringe a deslocar de um lugar a outro. Assim, a secularização política de conceitos teológicos (a transcendência de Deus como paradigma de poder soberano) limita-se a transmutar a monarquia celeste em monarquia terrena, deixando, porém, intacto o seu poder” (AGAMBEN, 2007c, p. 68). Neste sentido podemos pensar na teologia política de Schmitt, a qual converte todos os conceitos teológicos em políticos. Na profanação há a neutralização do que é profanado, pois perde a aura e é restituído ao uso. Se profanar o direito é uma das tarefas políticas de nosso tempo, podemos pensar na ação das personagens kafkianas.

¹⁵⁶ Faço referência expressa ao livro “A Comunidade que Vem” de Agamben.

¹⁵⁷ Esta questão será tratada no próximo capítulo.

E aqui somos impelidos a pensar novamente no impedimento do ingresso do camponês pela porta da lei, no sentido de nos perguntarmos o que vige na ausência da vigência da lei, ou em outros termos: o que se aplica à exceção? O que também pode ser apresentado como a indagação da ligação entre vida e direito: como ocorre e o que significa tal relação? Assim podemos tentar delinear o que o agrimensor K (do Castelo) e Joseph K, mas também Gregor Samsa (de “A Metamorfose”), o condenado (de “A Colônia Penal”) e os bárbaros que tentam invadir o reino (“A Muralha da China”) têm a dizer sobre nosso tempo, nosso direito e nossa política. O que as personagens, cujos corpos trazem a marca da indistinção entre a vida e a lei, a lei inscrita em seus corpos magros e frágeis, podem nos mostrar?

É, também, a partir de Kafka que podemos pensar a biopolítica, a política que não somente acolhe, mas coloca no centro de seu funcionamento a vida biológica do cidadão. Isto porque se o condenado da “Colônia Penal” só é incluído na medida em que seu sangue permite a compreensão da mensagem que de outra maneira lhe seria completamente estranha, também K seja como agrimensor ou como o bancário que passa por um processo e está enredado em uma burocracia onde somente seu corpo serve como referencial, talvez seja com Samsa que a vida nua atinja seu auge. Ao acordar de seus sonhos intranquilos, Gregor Samsa havia se transformado em inseto, que não somente despertava reprimendas pela falta de auxílio financeiro à família, mas provocava asco. Como nota André Macedo Duarte a respeito de Kafka¹⁵⁸: “O gênio de Kafka se encontra, entre outros fatores, no fato de que ele foi capaz de compreender que se tais palavras (verme, parasita) podiam ser empregadas para designar inequivocadamente um homem, então era possível aniquilá-lo do mesmo modo como se matam cães e vermes” (DUARTE in FONSECA, 2005, p. 75).

Se K ao ser assassinado exclama que foi morto “como um cão”, mostra que para além do horror de ser privado de liberdade na ausência de um processo, o que é verdadeiramente chocante na obra é a capacidade que a burocracia tem por intermédio dos emaranhados de salas e funcionários de tornar o homem um animal. Cães, insetos, cavalos, sempre há a presença de animais nos textos de Kafka¹⁵⁹, assim como sempre há o deslocamento, talvez o deslocamento

¹⁵⁸ O seguinte trecho do livro “A Metamorfose” parece significativo: - *É preciso que ele se vá – disse a irmã. - Este é o único meio, pai. Basta que procures desfazer a idéia que se trata de Gregório. O tê-lo acreditado durante tanto tempo é na realidade a origem de nossa desgraça. Como isso pode ser Gregório? Se assim fosse, já há tempos teria compreendido que não é possível que alguns seres humanos vivam em comunhão com semelhante bicho. E a ele mesmo teria ocorrido partir. Teríamos perdido o irmão mas poderíamos continuar vivendo e sua memória perduraria eternamente entre nós (...)* KAFKA, s/d, p.100.

¹⁵⁹ Para Benjamin (1986a, p. 147) “Podemos ler durante muito tempo as histórias de animais de Kafka sem percebermos que elas não se tratam de seres humanos. Quando descobrimos o nome da criatura – símio, cão ou toupeira – erguemos os olhos, assustados, e verificamos que o mundo dos homens já está longe. Kafka é sempre assim; ele priva os gestos humanos de seus esteios tradicionais e os transforma em temas de reflexões intermináveis”.

vindo de um judeu tcheco que escrevia em alemão e sabia, por seu próprio trabalho, o quanto a esperança é infinita, mas não para nós.¹⁶⁰

Esta observação sobre a animalização não tem relevância somente literária, mas também política e nos auxilia quando pensamos no esforço efetuado pelo regime nazista para não apenas matar suas vítimas¹⁶¹ mas impossibilitar que elas fossem reconhecidas como vítimas. As estratégias nazistas não consistiram somente no uso da técnica para atingir a maior quantidade de vítimas por meios “limpos”, mas para fazer com que a morte perdesse o caráter de morte. Se morte não é a morte, tampouco os cadáveres são cadáveres. E assim, matar milhões não significa mais matar pessoas, mas simplesmente fazê-las desaparecer do mundo, conforme Arendt escreve¹⁶². Hannah Arendt também usa a expressão “fabricação de cadáveres”, que expressa a morte como uma operação industrial. O extermínio como espécie de produção em cadeia foi empregada pela primeira vez por um médico da SS, F. Entress, e desde então foi repetido em diversas circunstâncias. E se em Auschwitz não se morria propriamente, depois dos campos não se pode viver da mesma maneira (AGAMBEN, 2005).

2.4 LIMIAR

A questão da localização, que é fundamental para pensar a exceção, também se aplica à vida. Esta vida que está ao pé do Castelo e ao ser incluída na política mostra-se enquanto exclusão. Pensar a biopolítica demanda algumas considerações anteriores, especialmente sobre o que torna uma vida política, ou em outros termos, como se dá a decisão política que

¹⁶⁰ Conforme CHUEIRI (2004, p.64) “Kafka was (not) Czech, yet a Czech Jew. He was then alien to the Christian Czech community. As a Jew, he was not really exemplary, as he did not completely devote himself to the Jewish community and kept always a bit of indifference with regard to it. Among the Jews, Kafka was not comfortable of his bourgeois lineage still he did not belong to the Eastern Jewish community that, in his view, embodied the Jewish people. Nevertheless, Kafka was a Czech Jew German-speaking writer who did not fit in very well among the Czechs either.”

¹⁶¹ Embora trate dos eventos totalitários em uma perspectiva mais filosófica e política do que propriamente historiográfica, escrevo vítimas do regime nazista por considerar que embora os judeus sejam mais numerosos e lembrados, estes não foram os únicos. Houve extermínio também de opositores ao sistema, ciganos, homossexuais, religiosos, criminosos, além de pessoas que não pertenciam a nenhuma das categorias acima. Ressaltar a existência de outros grupos é, a meu ver, uma necessidade ética. Sobre ética após Auschwitz: “O que Resta de Auschwitz” de Giorgio Agamben.

¹⁶² “Mais difícil de imaginar e mais horrível de perceber é, talvez, o total isolamento que separava os campos do mundo ao redor, como se eles e os presos já não fizessem parte do universo dos vivos”. Ela continua: “A partir do momento da prisão, ninguém mais no mundo exterior iria ouvir falar do prisioneiro; era como se ele tivesse desaparecido da face da Terra, nem sequer era declarado morto. O costume anterior das SA de informar a família sobre a morte de um interno do campo de concentração enviando uma urna ou caixão de zinco, foi abolido e substituído por instruções estritas de manter ‘os terceiros na incerteza sobre o paradeiro dos presos [...] Isso inclui também que os parentes não tenham notícia alguma quando esses presos morrem em campos de concentração’”. ARENDT, 2008a, p. 267-268.

separa a vida natural e a vida política e torna possível a existência da algo como o “humano”. Na Grécia a divisão era feita entre a *zoé* e a *bíos*, a vida qualificada e a vida biológica, a fala e a voz, como forma de definição do humano, a tentativa de definir o que constitui o humano e, logicamente, o que pode o desconstituir. Pois se o humano é uma categoria criada, pode ser desconstruída, e é esta a função principal dos campos nazistas, destruir não somente a vida dos internos, mas sua humanidade, o que significa dizer que destruir de tal forma que o homicídio seja impunível, pois a morte não é morte. É neste limiar entre humano e inumano que a questão do humano assume característica fundamental para a biopolítica.

A questão acerca do que constitui o humano, e conseqüentemente, o que não pertence a esta categoria é recorrente na história da filosofia. Podemos trazer o pensamento grego sobre a constituição pela fala, em oposição à voz¹⁶³, ou da vida biológica em oposição à vida política (respectivamente *zoé* e *bíos*), que de certa maneira expressa a mesma distinção entre o que é natural, biológico e o construído, político; a distinção varia conforme a doutrina filosófica e o período de surgimento.

A constituição do humano tornou-se fundamental para o Direito moderno, na medida em que este se instrumentalizou através da razão, a qual, por sua vez, tornou-se fonte de todo o direito. Assim, o homem e sua razão tornaram-se a fonte do direito e dos direitos. Mas o que significa este “onipotente” ser humano?

Uma das primeiras tentativas “modernas” de responder a esta questão veio com o renascentista Pico della Mirándola. Em um texto escrito em 1486 ele expressa uma concepção ímpar do que Paula Sibila nomeia como “plasticidade do ser humano”. No texto Discurso da Dignidade do Homem, paradoxalmente considerado um texto marcante para o humanismo ele escreve que o homem não pode ser definido *a priori*, em uma modificação dos preceitos bíblicos, mas uma mudança parcial, pois se Deus é o Grande Arquiteto¹⁶⁴, o homem, feito à sua imagem e semelhança, também é arquiteto de si mesmo. De acordo com Mirándola: “assim, tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo,

¹⁶³ “§ Claramente se compreende a razão de ser o homem animal sociável em grau mais elevado que as abelhas e todos os outros animais que vivem reunidos. A natureza, dizemos, nada faz em vão. O homem só, entre todos os animais, tem o **dom da palavra**; a voz é o sinal da dor e do prazer, e é por isso que ela foi também concedida aos outros animais. Estes chegam a experimentar sensações de dor e de prazer, e se fazer compreender uns aos outros. **A palavra, porém tem por fim compreender o que é útil ou prejudicial, e, em conseqüência, o que é justo ou injusto. O que distingue o homem de um modo específico é que ele sabe discernir o bem do mal, o justo do injusto, e assim todos os sentimentos da mesma ordem cuja comunicação constitui precisamente a família do Estado**”. (sem grifos no original) (ARISTÓTELES, 1995, p.14).

¹⁶⁴ “10. The supreme Father, God the Architect, had already built this cosmic home we behold, the most sacred temple of divinity, according to the laws of the mysterious wisdom”. Tradução própria: “O supremo Pai, Deus o Arquiteto, já construiu esta casa cósmica a que pertencemos, o mais sagrado templo de divindade, de acordo com as leis da misteriosa sabedoria”. Disponível em: <http://www.brown.edu/Departments/Italian_Studies/pico/text/bori/frame.html>. Acesso em 10 mar. 2009.

falou-lhe deste modo: ‘Ó Adão, não te demos nem lugar determinado, nem aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo teu parecer e tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhuma limitação, determiná-las-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloque-te no meio do mundo para que daí possas obter melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesse seguramente escolhido. Poderás degenerar-te até aos seres que são bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo. (PICO DELLA MIRANDOLA, 2001, p. 51). Neste mesmo sentido, poderiam ser retomados outros autores da história da filosofia com suas respectivas concepções sobre o que diferencia/constitui o humano. O que me interessa é, como bem (d)escreveu Mirándolla, pensar o humano não como algo dado e, a partir daí, tudo o que esse humano possa qualificar, como por exemplo, os direitos.

Assim, se o humano e seus direitos não podem ser compreendidos por uma idéia de natureza, mas por algo como uma decisão política, fica mais fácil compreender como a (bio)política pode, também, definir o que é vida e o que é morte, e entre os dois pólos as gradações: a vida que merece ser vivida, o coma, etc. É para compreender como a biopolítica tornou-se o único referencial político, e como os campos o local de experimento e apreensão da vida nua, que passo ao próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

CAMPOS: A LOCALIZAÇÃO DO ILOCALIZÁVEL OU A APREENSÃO DA VIDA PELO DIREITO

Isto porque a demografia do novo internacionalismo é a história da migração pós-colonial, as narrativas da diáspora cultural e política, os grandes deslocamentos sociais de comunidades camponesas e aborígenes, as poéticas do exílio, a prosa austera dos refugiados políticos e econômicos. É nesse sentido que a fronteira se torna o lugar a partir do qual *algo começa a se fazer presente* (...)

Homi K. Bhabha, O Local da Cultura.

A exceção como paradigma da modernidade impele a pensar no que está no lugar do direito que nada comanda, desta pura forma de lei. O capítulo precedente adiantou que neste lugar está a biopolítica, cuja figura emblemática seria o *homo sacer*, este homem que não é homem, e tampouco deus ou animal. O *homo sacer* é analisado por Agamben justamente como aquele que por estar em um limiar não está em lugar algum, e com isso questiona todas as possibilidades de enquadramento.

É justamente uma figura de deslocamento que será trazida neste capítulo. Mas não mais o não localizável entre o sacro e o profano, mas um tipo específico de deslocado que tende, igualmente, a se espalhar: os migrantes. O migrante, este estranho, coloca em questionamento não somente as fronteiras – geográficas, mas também simbólicas – do Estado, mas o próprio Estado. Ou seja, aqui adoto/sigo a idéia apresentada por Hannah Arendt e Giorgio Agamben sobre o estrangeiro (especialmente o refugiado e o apátrida) como o que questiona o surgimento do Estado-nação e os direitos humanos, mas também a tríade nascimento-território-população.

Além da relação estabelecida entre a formação do Estado-nação e o estrangeiro como seu outro, a segunda idéia adotada é que na falência não só da fundamentação, mas da própria constituição desta tríade fundamental do Estado, o único espaço que o mundo tem a oferecer ao estrangeiro são os campos – entendidos como o espaço em que a exceção se manifesta e que a apreensão da vida nua atinge seu máximo expoente.

Para discutir as idéias acima o caminho escolhido, é trilhar as concepções de biopolítica e ressaltar as diferenças com o poder disciplinar¹⁶⁵. Biopolítica será vista a partir de Michel Foucault, uma grande influência para Agamben, e em quais aspectos os autores divergem sobre este tipo de poder. Em seguida passo a marcar as diferenças entre a biopolítica conforme apresentada por Foucault e a interpretação feita por Agamben. A partir daí a figura específica do estrangeiro será apresentada, para em seguida pensar os campos de migrantes atuais, vistos sob a experiência histórica dos campos totalitários. Entretanto, não se trata de igualar, ainda que de forma acadêmica, os campos atuais com os campos totalitários, mas vemos estes espaços como arautos sangrentos de uma nova ordem, que tende cada vez mais a se espalhar, ameaçando a conversão do cidadão em *homo sacer* na ordem político-jurídica.

Para tanto inicio com o poder em Foucault (3.1), seu exercício, especialmente nos mecanismos disciplinar e biopolítico. (3.1.1). Nos diferentes contextos em que é exercido, o poder disciplinar traz algo em comum que é o espaço específico para seu exercício: o panóptico (3.1.2) ou a possibilidade de tudo ver. Em trabalhos posteriores, Foucault identifica outro tipo de poder, a biopolítica, o qual coexiste com o disciplinar, embora tenha objetivos e formas distintas de atuação, assim como outro espaço para o seu exercício. É sobre este poder (biopolítico) e este espaço de funcionamento (o campo) que passo trata o item 2 deste terceiro capítulo (3.2). Agamben retoma a questão da biopolítica de Foucault, para fundamentar sua teoria da soberania e suas concepções acerca do estado de exceção, embora a compreenda de uma forma mais ampla e por isso traço algumas diferenças entre os dois autores (3.2.1). Uma consequência importante da biopolítica para Agamben é o surgimento dos direitos humanos e as suas declarações e a dificuldade da fundamentação daqueles (3.2.2). A crítica de Agamben dos direitos humanos destaca a diferenciação entre inclusão-exclusiva e exclusão-inclusiva e, de maneira mais “direta”, daqueles que se colocam neste lugar: o estrangeiro, o refugiado, o apátrida, o migrante. Estes que mostram sua face enquanto vida nua e que, desterritorializados, “habitam” os campos (3.2.3), os quais são os exemplos mais extremos de como o homem pode ser condicionado e ser morto em vida (3.3). É sobre os campos, seja enquanto espaços que representam e existem na falência da tríade fundamental (nascimento/território/soberania) (3.3.1), ou como uma zona cinza, da qual Primo Levi aponta a impossibilidade de aplicação da ética e do direito normais (3.3.2), assim como Guantánamo enquanto campo onde há um esvaziamento de todas as definições legais (3.3.3). Para encerrar

¹⁶⁵ A relação dos poderes disciplinares e biopolítico no pensamento foucaultiano é de complementaridade e não de oposição, assim junto ao poder que pretende comandar os corpos individuais, transformando-os em corpos máquinas, existe o poder que pretende regular as populações partindo de seu aspecto biológico.

este capítulo trago algumas questões sobre os campos enquanto único espaço de recepção aos estrangeiros, ou ao menos a alguns tipos de estrangeiros (3.3.4).

3.1 PODER EM FOUCAULT

Michel Foucault é um autor complexo, cuja obra não pode ser resumida, especialmente porque não comporta explicações redutoras. Seu trabalho envolve temas aparentemente díspares como a loucura, cadeia, sexualidade e poder, e suas obras nos mostram que o que entendemos por sujeito não é algo dado, mas construído. Isto significa o questionamento constante de explicações prontas, de forma a colocar as questões em outras perspectivas.

A questão dos poderes em Foucault segue esta mesma linha de questionamento de esquemas prontos, e, por isso, implica no esclarecimento da forma de sua manifestação. Um aspecto inicial é que se trata da compreensão distinta da usualmente apresentada, a qual implica em uma relação de cima para baixo, ocasionada seja pela supremacia econômica seja pela de classe.

Para Foucault o poder não é um dado de antemão, mas existe a partir de relações que se expressam nas capilaridades, de maneira fluida. Ou seja, ele pensa o poder em sentido inverso do hobbesiano, pois enquanto neste modelo a soberania é pensada a partir do centro de formação do poder sendo depois transmitida aos súditos, em Foucault o poder não existe em hierarquias, mas como construção constante que ocorre em diversos âmbitos. Com isso diverge, também, da perspectiva jurídica.

Isto exige que o poder seja visto a partir de suas extremidades, circulando e não originado de um lugar e chegando a outro. Desta forma devemos perceber que o poder não é exercido em uma instituição, mas perpassa todas elas. Nesta perspectiva o poder é visto em sua face externa, fugindo, portanto, dos subjetivismos no sentido de procurar uma figura que “tem o poder”.

Ao considerar que o poder circula, estabelece-se que não é algo homogêneo, e só funciona em cadeia. Isto é central para o pensamento foucaultiano: o sujeito não produz o poder, mas o poder, em sua circularidade, produz o sujeito. Outra consequência é a análise do poder não de cima para baixo, mas em suas manifestações infinitesimais, o que significa fugir de explicações que se pretendam totais. Também a recusa de explicação pela ideologia, pois para ele o que se manifesta é mais do que isso, são “instrumentos efetivos de formação e de acúmulo de saber, são métodos de observação, técnicas de registro, procedimentos de

investigação e pesquisa, são aparelhos de verificação” (FOUCAULT, 2005a, p. 40). A relação saber-poder está sempre presente, não há saber neutro já que todo saber é fruto de conflitos, de combates de poder.

Para melhor compreender o pensamento foucaultiano este se distingue usualmente entre três fases: a arqueologia, a genealógica e a ética¹⁶⁶. Embora a conceituação da obra de Foucault não seja objeto deste trabalho¹⁶⁷, é necessário situar de que ponto parto de sua obra e como ela será retomada por Agamben.

O legado foucaultiano aqui trazido circunscreve-se à maneira com que analisa o poder, e seu exercício, especialmente nos mecanismos disciplinar e biopolítico¹⁶⁸. Esta temática está presente no que se chama de período genealógico, momento em que pensa os poderes normalizadores. Aqui apresento algumas considerações presentes nos textos “analítica do poder”, em que se fala sobre a atuação da norma. Neste ponto deve ser feito mais um esclarecimento. Quando Foucault se refere à norma e normalização, não o faz com o sentido de norma jurídica, mas de maneira mais ampla, designando norma como regra de conduta e regularidade funcional. O direito pode levar consigo normas, mas não é o único meio capaz de normalizar.

A relação entre o poder e o direito nos leva à seguinte questão: se Foucault não pretende estudar o poder sob a ótica do direito, mas ao contrário, desvincular tal ligação, qual o seu interesse para pensar a lei, ou como o estudo dos poderes pode ser útil para pensar a exceção no direito? Embora Foucault não estude o poder *do* direito, ele se interessa pelas manifestações dos poderes *no* direito. Isto quer dizer que o poder *não está* no direito, mas este

¹⁶⁶ Pelo primeiro pretende-se debruçar sobre o saber de uma determinada época, no sentido que o saber está inserido em um processo histórico e com isso não pode se pensar o sujeito, por exemplo, como algo trans-histórico ou a-histórico. É a partir daí, ou seja, da negação de um sujeito já pronto e que determina seu mundo de forma racional, que podemos pensar os poderes. Assim, o conceito de humanidade esfumaça-se e mostra-se enquanto uma palavra simpática, mas vazia de conteúdo. Segundo Ricardo Marcelo Fonseca (2002, p. 87): é a partir do método genealógico que se debruça sobre as relações que unem as práticas discursivas, denominadas *epistemes*. Assim, há uma análise arqueológica que parte dos enunciados, que são a expressão da positividade do discurso e que estão para além da língua. O conjunto dos enunciados forma os discursos e induz efeitos concretos na prática humana. Ou seja, não é o sujeito que simplesmente fala/forma o discurso, mas é (con)formado por este. Na genealogia, ele busca fazer uma história do presente acerca do sujeito. Em relação à ética, este tema surge principalmente nos livros sobre a história da sexualidade, e como o sexo, além de dispositivo de poder, também pode ser visto como um cuidado de si.

¹⁶⁷ Para uma visão sobre o tema remeto a algumas obras: Márcio Alves da Fonseca, “Michel Foucault e o Direito”, François Ewald, “A Norma e o Direito”, e Inês Lacerda Araújo “Foucault e a Crítica do Sujeito”, Ricardo Marcelo Fonseca “Modernidade e Contrato de Trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica”. Para facilitar a identificação do autor haja vista o sobrenome e o ano de publicação coincidirem, quando for citado Márcio Alves da Fonseca será feito utilizando “ALVES DA FONSECA e ano da obra”, enquanto que Ricardo Marcelo Fonseca será citado por “FONSECA, ano da obra”.

¹⁶⁸ Foucault também analisa o poder soberano e sua passagem para o poder disciplinar. Não obstante, como foge do objetivo deste trabalho, não será aqui analisado.

âmbito, enquanto transpassado por vários discursos, é um espaço privilegiado para pensar como os poderes atuam, constituem realidades e sujeitos.

No âmbito jurídico a obra mais estudada talvez seja “Vigiar e Punir” (2005b), na qual há a análise da mudança da forma de punição no direito penal – ainda que por uma perspectiva bastante diversa do discurso penalista mais tradicional, cujo foco é na “evolução”. Este poder é nomeado por ele como poder disciplinar, o qual coexiste com o poder biopolítico. A comparação sobre os dois tipos de poder serve como importante critério para compreender o funcionamento dos campos como espaços desterritorializados, e no que se distingue das cadeias.

3.1.1 Poder disciplinar e a criação de um corpo (infinitesimalmente) controlado

A mudança da forma de punir, e daquilo que é considerado punição, é um dos pontos de extrema relevância do Direito Penal. Neste sentido, uma das mudanças punitivas mais estudadas é a conversão do regime do suplício para as penas “controladas” existentes na modernidade. A mudança apontada comumente como “humanização” do Direito Penal, e de forma mais ampla, do exercício do poder, é, no entanto, analisada de forma diferente por Foucault. Ao invés de visualizar na mudança punitiva uma simples humanização, no sentido de uma maior sensibilidade com os condenados, que sempre é contraposta ao que é considerado como uma barbárie medieval, verifica que o fenômeno é mais complexo e menos linear historicamente, pois se vincula a uma rede de poderes que são exercidos em diversos âmbitos¹⁶⁹. O surgimento de cadeias, além de fábricas, hospitais psiquiátricos e escolas, entre outras instituições destinadas à criação de um determinado tipo de controle, guardam relações importantes e fundamentais para compreender o Direito Penal e a política.

Partindo destas concepções, analiso preliminarmente como se deu a criação de espaços como cadeias, hospitais e fábricas, o que será feito observando principalmente a mudança acima citada de suplício para pena como punição. Posteriormente, mostro como os campos se tornaram o paradigma da política e sua ligação com o estado de exceção. É neste contexto que eventos como Guantánamo, entendido como um espaço onde não há a aplicação de lei alguma, mais do que simples violações de regras há muito consagradas – como a do devido

¹⁶⁹ Adoto expressamente a concepção foucaultiana de micro-poderes e da rede de poderes existentes, em contraposição ao que o autor nomeia como macro-poderes das instituições, do soberano. Por micro-poderes entendem-se os poderes que atingem até a capilaridade e não tem um centro produtor definido, mas perpassam e constituem o sujeito.

processo legal – esboçam o novo modelo de uma política excepcional, que se torna, cada vez mais, a normalidade.

À primeira vista, a existência de suplícios, tais como o descrito no início do livro “Vigiar e Punir” de Foucault, simboliza uma barbárie que nós (modernos, racionais e atentos aos preceitos do Direito) não admitimos mais, e no lugar de tal selvageria há penas como a prisão, onde o corpo não é supliciado e sim encarcerado. Ou seja, o que o discurso evolucionista prega é que, nós os civilizados, não podemos admitir a barbárie, pois prezamos pela humanidade dos condenados.

Todavia, esta concepção além de simplista e equivocada do ponto de vista dos conceitos de barbárie e civilização¹⁷⁰, ainda mascara os interesses envolvidos na reforma punitiva, e ao utilizar como justificação a proteção da humanidade, torna o assunto indiscutível, pois cria uma instância em que ou se está contra ou a favor da humanidade. Assim, a melhor forma de estudar tal mudança não é de uma busca por um caráter progressivo da história, mas através da busca dos mecanismos de poder que se manifestaram.

Foucault aponta que a mudança das penalidades foi concomitante com o deslocamento do objetivo da punição. Se antes se tratava reafirmar o poder do soberano através de um espetáculo público que em seus excessos marcava o “corpo social”, a mudança punitiva trouxe a manifestação do que Foucault definiu como poder disciplinar. E a aparição das prisões como pena por excelência está completamente inserida neste contexto¹⁷¹.

O poder disciplinar, cuja manifestação começa a ser sentida no século XVIII, não é específico das prisões. Ao contrário, como um poder capilar que chega até a menor parte do comportamento, está presente de vários modos, e acompanhado por diferentes instituições. O poder disciplinar manifesta-se com o objetivo de transformar o homem em um homem-máquina, ou seja, de controlar todos os aspectos do corpo para que se torne um corpo útil – e acrescente-se, um corpo dócil. Neste objetivo, nenhum aspecto pode ser ignorado. Não somente a obediência deve ser privilegiada, mas também o aproveitamento do tempo, através de regras que fazem de sua gestão um imperativo, do espaço, a observação do sujeito disciplinado deve ser constante e dos movimentos, não pode haver nenhum movimento sem propósito, o menor movimento deve estar inserido em cálculos de poder, deve ter uma utilidade (FOUCAULT, 2005b, p. 118). Na seqüência Foucault define o que entende por

¹⁷⁰ Pelas limitações impostas pelo tema, não trato da oposição civilização e barbárie. Para uma importante visão (crítica) sobre o tem consultar: NOVAES, Adauto (org.). Civilização e Barbárie.

¹⁷¹ Foucault mostra que um dos pleitos da reforma penal era que cada pena fosse proporcional e mensurada a partir do delito. Desta forma não deixa de ser paradoxal que um dos resultados de tal reforma tenha sido o aparecimento da pena carcerária como pena por excelência. O autor explica o rápido desenvolvimento do modelo prisional através do poder disciplinar.

disciplina: “Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar de ‘disciplinas’” (FOUCAULT, 2005b, p. 118).

Desta forma, a conversão das punições em uma pena prisional, onde há não só um acompanhamento judicial, mas também psicológico (a psicologização do crime e das penas; a pena deixa de ser atribuída ao crime, mas ao criminoso, levando em consideração sua periculosidade e sua possibilidade de “regeneração”), pedagógico (a prisão é um espaço de aprendizado, de reflexão para que o crime não volte a acontecer, principalmente para que o sujeito seja disciplinado para ser um sujeito produtivo) e laboral (os trabalhos na prisão), é a manifestação suprema do poder que disciplina e transforma os homens em homens úteis. Nos diferentes contextos em que é exercido, o poder disciplinar traz algo em comum que é o espaço específico para seu exercício: o panóptico.

3.1.2 O panóptico ou a possibilidade de tudo ver, sempre.

O panóptico é uma estrutura arquitetônica idealizada por Jeremy Bentham, representante do utilitarismo anglo-saxônico, que têm por fim atingir a máxima vigilância com o mínimo esforço. É uma estrutura em que o sujeito a ser disciplinado – preso, aluno, o trabalhador ou paciente – pode ser permanentemente vigiado, sem que veja seu vigia. O funcionamento do panóptico não precisa da vigilância ininterrupta, mas da *sensação* de vigilância. A construção destes espaços de vigilância influenciou a arquitetura de espaços tão diversos – mas tão semelhantes em sua disciplina – como escolas, hospitais, fábricas e prisões. Novamente apresento a definição de Foucault (FOUCAULT, 2005, p. 163): “Esse espaço fechado, recortado, vigiado em todos seus pontos, onde os indivíduos estão inseridos num lugar fixo, onde os menores movimentos são controlados, onde todos os acontecimentos são registrados, onde um trabalho ininterrupto de escrita liga o centro e a periferia, onde o poder é exercido sem divisão, segundo uma figura hierárquica contínua, onde cada indivíduo é constantemente localizado, examinado e distribuído entre os vivos, os doentes e os mortos – isso tudo cria um modelo compacto do dispositivo disciplinar”. O panóptico é o espaço por definição do poder disciplinar – e por isso seu estudo é relevante para que comparemos com o espaço por definição do exercício do poder biopolítico: o campo. É graças a sua capacidade de ter a maior vigilância com os menores recursos - pois além da vigilância não precisar ser contínua, qualquer pessoa é capaz de vigiar, basta ficar no lugar designado e observar - que a disciplina constante torna-se possível e atinge amplos espaços.

O poder disciplinar manipula o indivíduo, insere-o em uma rede de poderes em que sua menor atitude ou pensamento é alcançada. Para que o poder se manifeste, utiliza-se um duplo expediente, uma série de marcações binárias (louco-não louco, normal-anormal, perigoso-inofensivo) e o da determinação coercitiva, da repartição diferencial (FOUCAULT, 2005, p. 165). Ou seja, o poder disciplinar não se exerce somente no que comumente chama-se disciplina, mas é mais amplo, mais fragmentado e por isso mais presente.

O cerne do panóptico é a que a vigilância não ocorre pela mera vigilância, mas para atingir um fim, o de tornar o corpo dócil, um corpo produtivo. Desta maneira, há um *fim* intrínseco no poder disciplinar, o de através das redes de poder disciplinar e constituir um sujeito apto ao aproveitamento do tempo e sua conversão em utilidade.

Todavia, em trabalhos posteriores, Foucault identifica outro tipo de poder que identifica como biopolítica¹⁷². Este poder coexiste¹⁷³ com o disciplinar, embora tenha objetivos e formas distintas de atuação, assim como outro espaço para o seu exercício. É sobre este poder (biopolítico) e este espaço de funcionamento (o campo) que passo a tratar.

3.2 BIOPOLÍTICA: POPULAÇÕES COMO OBJETO DO PODER

Se o termo biopolítica não foi inventado por Foucault (DIAS, 2007, p. 118), sua contribuição foi fundamental para o desenvolvimento dos estudos relacionados a este tipo de poder e suas conseqüências. Foucault começa a desenvolver suas concepções sobre biopolítica especialmente nos livros “A Vontade de Saber” (1979) (primeiro volume de seu projeto sobre a História da Sexualidade) e nos cursos proferidos no *Collège de France*, respectivamente: “Em Defesa da Sociedade” (1976), “Segurança Território e População” (1978) e “Surgimento da Biopolítica” (1979) ao se deparar com um poder que visa não o controle dos indivíduos, dos corpos; mas sim das populações.

¹⁷² É imprescindível citar a concepção de sociedade de controle de Gilles Deleuze, pois esta dialoga com a concepção foucaultiana de poder disciplinar. Para Deleuze as instituições disciplinares estão “condenadas” e em seu lugar assumiria a sociedade de controle. Este modelo não é voltado para o controle disciplinar feito através da reclusão, mas por meios mais fluidos. Assim, por exemplo, à fábrica, típica do modelo disciplinar, aparece a empresa. Os hospitais são substituídos por cuidados domiciliares. Uma das diferenças apontadas por Deleuze entre os dois poderes: “O controle é de curto prazo e de rotação rápida, mas também contínuo e ilimitado, ao passo que a disciplina era de longa duração, infinita e descontínua” (DELEUZE, 1992, p. 224). Embora esta concepção seja de grande valia para pensar situações que não seriam plenamente explicadas pelo modelo do poder disciplinar (e tampouco pela biopolítica), parece exagerado pensar na substituição de um modelo pelo outro como escreve Deleuze, o que deve ser feito a partir da coexistência.

¹⁷³ “(...) esses dois conjuntos de mecanismos, um disciplinar o outro regulamentador, não estão no mesmo nível. Isso lhes permite, precisamente, não se excluírem e poderem articular-se um com o outro” FOUCAULT, 2002, p. 299.

Foucault aponta que o termo população não aparece com a biopolítica, mas a partir do século XVII. Entretanto, o sentido é bastante diverso e pode ser considerado como “negativo”. População era o contrário de *depopulatio*, que significava devastação, destruição. População era compreendida como o mecanismo de repovoação de um território tornado deserto pela ocorrência de catástrofes naturais, epidemias, guerras, etc. O termo tem uma primeira modificação em seu sentido no século XVII, ligado ao mercantilismo e ao cameralismo e passa a designar o princípio da riqueza. Uma segunda mudança ocorre após a segunda metade do século XVIII com os fisiocratas e aparece como objeto técnico-político de uma gestão (ALVES DA FONSECA, 2002, p. 215). É curioso que o regime nazista, um dos que mais se utilizou da biopolítica, tivesse como meta a criação de um espaço sem povo, invertendo a formulação inicial do termo população¹⁷⁴.

A apreensão pela política do termo população como objeto de gestão é característica determinante pensar este poder centrado nos aspectos biológicos: “Uma das grandes novidades nas técnicas de poder, no século XVIII¹⁷⁵, foi o surgimento da ‘população’, como problema econômico e político: “(…).Os governos percebem que não têm que lidar simplesmente com sujeitos, nem mesmo com um ‘povo’, porém com uma ‘população’, com seus fenômenos específicos e suas variáveis próprias: natalidade, morbidade, esperança de vida, fecundidade, estado de saúde, intolerância das doenças, forma de alimentação e de habitat”. (FOUCAULT, 1979, p. 28).

A (bio)política elege a população e as preocupações com sua manutenção como critério político principal, passando de um homem-indivíduo para um homem-espécie. É neste contexto que Foucault cria o termo governamentalidade¹⁷⁶. É com este conceito que ele trata das artes de governar, entendidas como forma de gestão das pessoas e das coisas através da condução. Ao comparar as formas de governar, especialmente a partir de Maquiavel, Foucault

¹⁷⁴ “Em 1937, durante a celebração de um congresso secreto, Hitler formulou pela primeira vez um conceito biopolítico extremo, (...). Ao referir-se à Europa centro-oriental, afirma que há necessidade de um *volkloser Raum*, de um espaço sem povo. Como se compreende esta singular formulação? Não se trata simplesmente de algo parecido com um deserto, de um espaço geográfico desprovido de habitantes (a região a que se referia tinha uma densa população e era rica em povos e nacionalidades diferentes). Designa uma intensidade biopolítica fundamental, que pode se aplicar em qualquer espaço, e por meio do qual os povos se convertem em populações e as populações em muçulmanos. O que o *volkloser Raum* nomeia é, em definitivo, o motor interno do *campo*, entendido como uma máquina biopolítica que, uma vez implantada em um espaço geográfico determinado, o transforma em espaço biopolítico absoluto, *Lebensraum* e *Todesraum*, onde a vida humana passa a estar mais além de qualquer identidade biopolítica definível. Chegado a este ponto, a morte não é mais do que um simples epifenômeno.” AGAMBEN, 2005, p. 89.

¹⁷⁵ Mais a frente na obra, Foucault estabelece como momento de surgimento deste poder o século XIX FOUCAULT, 1979, p. 128.

¹⁷⁶ Foucault trata do assunto na aula de 01 de fevereiro de 1978 do curso “Segurança, Território e População”. Entretanto, esta aula pode ser lida como um texto isolado.

alinha-se à “literatura anti-Maquiavel”, e com La Perrière entende que a arte de governar não é ser hábil em conservar seu principado, mas está ligada a introdução da economia na política.

A preocupação com a população passa a designar três processos. Em primeiro lugar, a substituição do modelo da família pela população, como forma de alcançar a governamentalidade, ou seja, é o surgimento do tema da população que desloca o exercício do poder da família para este novo ente, onde através de estatísticas controla-se o seu desenvolvimento; em segundo, a população aparece como fim último por excelência do governo. Governar significa melhorar a população, aumentar a vida e as riquezas, enfim, gerir de tal maneira que haja uma melhoria no que foi naturalmente dado. Por fim, a população aparece como objeto que o governo deve ter em conta em suas observações, em seu saber, para governar de modo racional e reflexivo. A constituição do saber de governo é indissociável da constituição do saber sobre a população.

Foucault explica ainda que cria o termo governamentalidade para designar três questões: i- o conjunto das instituições, procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e táticas que permitem exercer o poder que tem como meta principal a população, a economia política como forma primordial de saber e os dispositivos de seguridade como instrumento técnico, ii- a tendência, a linha de força que conduziu à preeminência do poder que se chama “governo” sobre os demais (soberania e disciplina); iii- o resultado do processo pelo qual o Estado de justiça da idade média se converteu no Estado administrativo, e com isso foi, pouco a pouco, governamentalizado. (FOUCAULT in GIORGI, RODRÍGUEZ, 2007, p. 198).

Dos exemplos trazidos por Foucault em “Segurança, Território e População” sobre governamentalidade percebe-se que a constituição da cidade é marcada pela preocupação com a gestão da vida biológica da população. A gestão mostra-se a partir da divisão em quadrados e retângulos como forma de planejamento urbano, como forma de classificar e alocar as pessoas e as atividades em um espaço mais propício. Entretanto não apenas a cidade – enquanto território – é marcada pela organização biopolítica, mas também o espaço do Estado mostra como a criação e manutenção das fronteiras – que dependendo das circunstâncias podem ser ampliadas ou diminuídas – tem, também, caráter biopolítico de gestão da vida. É precisamente neste contexto que os migrantes, enquanto aqueles que subvertem a marcação das fronteiras, são categorias essencialmente passíveis de gestão biopolítica.

Com a introdução da população como objeto de governabilidade provoca-se uma mudança no direito do soberano: “O direito de soberania é, portanto, o de fazer morrer ou de deixar viver. E depois, este novo direito é que se instala: o direito de fazer viver e de deixar morrer” (FOUCAULT, 2002, p. 287). A justificativa do poder não é mais o soberano e sua

proteção, mas a defesa de todos. E precisamente nesse sentido podemos falar de guerras que são justificadas pela proteção de toda a população mundial, face a uma ameaça exterior; demonstrando como o paradigma de (in)segurança é usado para justificar o uso de expedientes excepcionais.

O genocídio não representa o velho direito de matar, mas exerce-se no nível da espécie, da raça, dos fenômenos maciços da população, e nesse contexto podemos compreender que os fatos extremos ocorridos na modernidade são mais que desvios de uma história evolutiva, mas estão inscritos em uma racionalidade própria, que ao não ser compreendida tende a ser repetida. O controle e gestão dos movimentos migratórios inserem-se neste contexto de governamentalidade em que governar significa assumir a população e seus processos como objeto de poder. Controlar as migrações significa não somente controlar suas incidências econômicas como também gerir a vida da população e a sua possibilidade de trânsito.

Ao assumir como aspecto político a vida biológica do cidadão, ou melhor, da população, há um racismo de Estado. Racismo aqui é entendido não como discriminação em termos de cor, mas uma forma de “extrapolação biológica do termo inimigo político” (FOUCAULT, 2002, p. 308), ou seja, o Estado utiliza-se de aspectos biológicos para eliminar a raça considerada prejudicial à sua sobrevivência, em um tipo de relação amigo-inimigo calcada na espécie.

Agamben retoma a questão da biopolítica, especialmente no livro “Homo Sacer: poder soberano e a vida nua”, onde parte das concepções foucaultianas de biopolítica para fundamentar sua teoria da soberania e suas concepções acerca do estado de exceção. Apesar de partir de Foucault, Agamben entende a biopolítica de uma forma mais ampla, de maneira que passo a indicar algumas diferenças entre os dois autores sobre a biopolítica. Em seguida trato dos campos como paradigma político da modernidade.

3.2.1 Biopolítica em Agamben

A retomada de Foucault feita por Agamben é, também, uma modificação, um deslocamento. Este deslocamento não é um dado mensurável, como se fosse possível verificar milimetricamente em quais itens ele se diferencia da herança recebida. Isto porque se trata da relação do autor – que já é, em si, problemática – face à história que lhe antecede. Em entrevista concedida em 2004, Agamben responde que: “Meu método é arqueológico e paradigmático num sentido muito próximo ao de Foucault, mas não completamente

coincidente com ele”¹⁷⁷ ¹⁷⁸(COSTA, 2006, p. 132). Ou seja, se há uma aproximação, há também diferenças importantes. São estas que serão tratadas neste tópico, não de maneira a delinear e isolar as influências foucaultianas em Agamben¹⁷⁹, mas para mostrar como a biopolítica sofre uma ampliação em suas considerações.

No início da obra “Homo Sacer” Agamben apresenta seu projeto de compreender categorias trazidos por Foucault – especialmente a de biopolítica – com as contribuições de Hannah Arendt acerca dos regimes totalitários e o funcionamento dos campos de concentração e de extermínio. Agamben observa que o fato das duas obras não terem tido um desenvolvimento comum é um “testemunho das dificuldades e resistências que o pensamento deveria superar neste âmbito” (AGAMBEN, 2007b, p. 11). E, ao aproximar os dois autores, Agamben pretende jogar luz sobre a conexão existente entre o poder biopolítico e o funcionamento dos campos, enquanto espaços excepcionais.

Partir de Foucault significa também discordar da herança foucaultiana, e neste sentido para Catherine Mills há uma divergência no significado e origem da norma. Foucault trabalha a norma enquanto derivada do termo latino *norma*, e em relação com a dinâmica da regra – no sentido tanto de regulação como de média – e sua infração. Já Agamben deriva sua concepção de norma do termo grego *nomos*, e está mais preocupado com a lei e as condições de sua aplicação ou suspensão, ou seja, com a exceção. Esta diferença tem como consequência outra em relação à biopolítica: enquanto para Foucault a integração entre vida e lei no biopoder

¹⁷⁷ Continuação da resposta do autor: “Trata-se, diante das dicotomias que estruturam nossa cultura, de ir além das exceções que as têm produzido, porém não para encontrar um estado cronologicamente originário, mas, ao contrário, para poder compreender a situação na qual nos encontramos. A arqueologia é, nesse sentido, a única via de acesso ao presente. Porém, superar a lógica binária significa, sobretudo, ser capaz de transformar cada vez as dicotomias em bipolaridades, as oposições substanciais num campo de forças percorrido por tensões polares que estão presentes em cada um dos pontos sem que exista alguma possibilidade de traçar linhas claras de demarcação. Lógica do campo contra lógica da substância. Significa, entre outras coisas, que entre A e A se dá um terceiro elemento que não pode ser, entretanto, um novo elemento homogêneo e similar aos anteriores: ele não é outra coisa que a neutralização e a transformação dos dois primeiros. Significa, enfim, trabalhar por paradigmas, neutralizando a falsa dicotomia entre universal e particular. Um paradigma (o termo em grego quer dizer simplesmente “exemplo”) é um fenômeno particular que, enquanto tal, vale por todos os casos do mesmo gênero e adquire assim a capacidade de construir um conjunto problemático mais vasto. Nesse sentido, o panóptico em Foucault e o duplo corpo do rei em Kantorowicz são paradigmas que abrem um novo horizonte para a investigação histórica, subtraindo-a aos contextos metonímicos cronológicos (França, o século XVIII). No mesmo sentido, em meu trabalho, lancei mão constantemente dos paradigmas: o *homo sacer* não é somente uma figura obscura do direito romano arcaico, senão também a cifra para compreender a biopolítica contemporânea. O mesmo pode ser dito do ‘muçulmano’ em Auschwitz e do estado de exceção.”

¹⁷⁸ Para Catherine Mills uma das diferenças mais importantes é que enquanto a abordagem metodológica foucaultinana do conceito de biopoder é genealógica e histórica, Agamben faz uma ontologização da política, o que seria evidente na insistência em uma conexão analítica entre a questão metafísica da potencialidade e a questão política da soberania. MILLS in CALLARCO, DeCAROLI, 2007, p. 180.

¹⁷⁹ A dificuldade desta tarefa é bem apresentada por Cláudio Oliveira na seguinte passagem “Mas não podendo (ou não querendo) decidir-se quanto ao que, nessa reflexão, é seu ou de Foucault, Agamben convida o leitor a fazer ele próprio o discernimento entre o que deve ser referido a Foucault, o que deve ser posto na conta do autor (Agamben) e o que vale para ambos” OLIVEIRA, 2009, p. 60.

mantém uma ambivalência acerca do papel do poder soberano na emergência de uma sociedade de normalização, ligada à preocupação com a morte como poder sobre a morte, para Agamben é precisamente a lógica da soberania que liga a lei irremediavelmente à lei. Isto porque a lógica da soberania constitui o limite do jurídico, tal que a lei só é aplicada na vida dos homens. Na concepção agambeniana há uma ligação intrínseca entre lei e vida, de forma que a lei só pode ser aplicada sobre a vida (MILLS in CALLARCO, DeCAROLI, 2007, p. 189).

Quando Agamben retoma a divisão da vida entre *bios* e *zoè*, o faz não somente para comparar que na Grécia antiga a política era centrada na esfera pública que excluía a vida biológica¹⁸⁰ mas para discordar do marco temporal estabelecido por Foucault, qual seja, o do século XVIII. Nas palavras de Agamben: “a tese focaultiana deverá, então, ser corrigida ou, pelo menos, integrada, no sentido de que aquilo que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da *zoé* na *pólis*, em si antiquíssima, nem simplesmente o fato de que a vida como tal venha a ser um objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal; **decisivo é, sobretudo, o fato de que, lado a lado com o processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, situado originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção**” (AGAMBEN, 2007b, p. 16, grifos meus). Ou seja, não é o fato da *zoé* ser incluída na polis que consiste na principal manifestação da biopolítica, mas o fato da *zoé* ser indiscernível da *bíos*. Em outros termos, é a indistinção a principal característica da biopolítica para Agamben. É a mesma indistinção que caracteriza a exceção, o humano, a civilização¹⁸¹ e o testemunho¹⁸². Se a obra agambeniana tem um ponto em comum em suas

¹⁸⁰ No livro “A Condição Humana” Hannah Arendt também analisa a política grega como forma de melhor compreender a política – ou crise da política – moderna. A comparação da política moderna com a política grega, tanto em Agamben quanto em Arendt, não é feita como uma espécie de “paraíso perdido” mas para ressaltar aspectos que inviabilizam uma verdadeira participação política na atualidade. Assim, se Arendt vê o domínio da técnica e da economia, ou seja, de aspectos privados, Agamben trata da questão em outros termos (não contraditórios), especialmente o da apreensão da vida nua. Embora os termos sejam distintos, ambas os diagnósticos são apenas compatíveis como em certa medida complementares.

¹⁸¹ Partir da consideração benjaminiana de que “todo documento de cultura é um documento de barbárie”, ou do conto kafkiano “A Muralha da China” sobre os bárbaros que estão no centro do império significa questionar as interpretações progressistas e exclusionistas. A ligação entre momentos de cultura e de barbárie não iguala ambos os momentos, como se fossem a mesma coisa, mas mostram que se a morte sem nome foi possível, no sentido de uma morte em massa que não se mostra nem como morte mas aniquilação, é porque a técnica foi utilizada. A mesma técnica proveniente da ciência moderna foi utilizada para o extermínio eficaz de milhões. Sobre a questão pode ser consultada a obra de Edgar Morin “Civilização e Barbárie Europeias” (2009).

¹⁸² Neste trabalho tratei da exceção e do humano. O testemunho não foi ainda trazido neste espaço, e pela sua importância traço alguns comentários. No livro “O que resta de Auschwitz” Agamben pensa o testemunho a partir de Auschwitz, ou melhor, a possibilidade de contar algo como Auschwitz. Para entender os testemunhos dos sobreviventes ele parte da obra de Primo Levi, quem, enquanto vítima, soube que o mal dos campos não é apenas a morte, mas impor a questão de “é isso um homem?”. Embora este livro traga muitas questões

diversas análises é a tentativa de desarticular as divisões absolutas, o dentro e o fora, o pertencente e o excluído. O limiar de indistinção em que ele inscreve as figuras que considera paradigmáticas é este local em que as certezas são desconstruídas e reapresentadas. Neste contexto que a biopolítica vista por Agamben é fundamentada na indistinção, e como consequência melhor se apropria politicamente da vida.

Portanto, podemos pensar que para Agamben não se trata tanto dos métodos de inclusão da vida no poder, dentre os quais Foucault ressaltava a vacinação e os mecanismos de segurança, para considerar a biopolítica de maneira mais ampla, já que à inclusão da vida biológica como preocupação do poder segue-se a indistinção entre vida biológica e política.

Uma consequência importante da biopolítica para Agamben é o surgimento dos direitos humanos e as suas declarações. Seguindo Arendt, especialmente o capítulo “O Declínio do Estado Nação e o Fim dos Direitos do Homem” do livro “As Origens do Totalitarismo”, ele (Agamben) entende que os direitos humanos são uma maneira de incluir a biopolítica no contexto jurídico. Especialmente porque se apóiam no único fato de pertencerem ao gênero humano. E aqui aparece com clareza a dificuldade relacionada à fundamentação dos direitos do homem, especialmente a feita pela justificativa jusnaturalista, a qual acolhe como fundamento um ser humano como já dado de antemão.

3.2.2 Crítica de Agamben aos direitos humanos a partir da biopolítica

A inclusão da vida nua na política mostra-se já a partir do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), no qual se vincula de maneira direta os direitos ao nascimento – ligação esta que Agamben mostra como eminentemente biopolítica. Este artigo prevê que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Desnecessário dizer que a igualdade ocorre entre os iguais, pois o mesmo lócus de proclamação dos direitos – feita por franceses para o mundo – é local onde há opressão interna e colonialismo no âmbito externo. Embora a crítica sobre a desigualdade dos homens seja a mais fácil de ser feita, pois basta olhar em qualquer sociedade para perceber seus excluídos – pobres, deficientes, mulheres, negros, dentre tantos

extremamente relevantes, especificamente sobre a possibilidade do testemunho Agamben considera que a tese que compreende a lição de Auschwitz é: *o homem é aquele que pode sobreviver ao homem*. No que se aplica tanto o muçulmano – que sobrevive ao homem – como o sobrevivente – que sobrevive ao muçulmano. Coincidência de ambos: o muçulmano como testemunho integral. O paradoxo é que se quem testemunha verdadeiramente do humano é aquele cuja humanidade foi destruída, isto significa que a identidade entre homem e não homem não é nunca perfeita, que não é possível destruir integralmente o humano, que sempre resta algo. O testemunho é este resto. AGAMBEN, 2005.

outros possíveis – não é a mais substancial. Isto porque o próprio título traz possibilidades de questionamento.

Uma das críticas aos direitos humanos provém de Edmund Burke, cujo posicionamento político pode ser considerado conservador. Isto significa que para ele os direitos humanos não têm aplicabilidade, pois padecem de uma terrível abstração, especialmente no sentido em que se pretendem universais. Para Burke, não há o homem como tal, mas homens nacionais, ou seja, homens vinculados à proteção de suas respectivas nações. É precisamente por isso que defende os seus “direitos de homem inglês” em contraposição aos direitos humanos¹⁸³. Além disso, a crença no político o faz questionar os direitos que se pretendem universais, pois a essência do político é a manifestação local, dependente das circunstâncias fáticas. A consequência para a cristalização de valores supostamente universais seria o enfraquecimento deste âmbito (político).

Já em uma perspectiva não conservadora a crítica aos direitos humanos provém da distinção entre homem e cidadão, apontada por Marx no livro “A Questão Judaica” (1844), no qual ele percebe que o homem é a categoria universal, e justamente por isso abstrata e que, portanto, não se refere a homem real algum, em contraposição ao cidadão, que trata dos objetivos particulares, ou seja, o cidadão é o cidadão burguês e o homem é uma abstração. Nas palavras de Marx “O conflito entre o homem (como confessor de uma religião particular) se encontra com a sua cidadania de Estado, com os outros homens [como membro da comunidade], reduz-se à cisão [*Spaltung*] mundana entre Estado político e a sociedade civil” (MARX, 2009, p. 51). Ou seja, na obra marxiana os direitos humanos são apresentados como uma despolitização da economia e das lutas concretas. A inclusão de todos, do mundo, acaba por excluir todos da efetiva luta pela real emancipação. Mesmo não adotando Marx como marco teórico é inegável a percepção que os direitos humanos são uma moeda de troca ímpar no cenário internacional – mas também nacional. Isto significa que as maiores violações de direitos, os maiores genocídios muitas vezes são tolerados pela existência de “acordos de cooperação”, e que outras divergências sejam taxadas como violação de direitos. Além – ou aquém – de Marx há de ser reconhecido que quanto mais se coloca em jogo os direitos humanos – até mesmo no sentido efetivo de luta – mais restam banalizados e impotentes.

Marx trata da oposição entre homem e cidadão como oposição entre Estado e sociedade civil, e a mesma distinção é retomada por Agamben. Entretanto, para o autor italiano trata-se de perguntar se há uma oposição ou o uso de ambos os termos como

¹⁸³ “A *boutade* de Burke, segundo a qual aos direitos humanos inalienáveis do homem ele preferia de longe os seus ‘direitos de inglês’ (*Rights of an englishman*), adquire, nesta perspectiva, uma insuspeitada profundidade”. AGAMBEN, 2007b.

sinônimos, ou talvez condicionante (só é homem aquele que for considerado cidadão). De forma que há um nexos essencial entre nação e nascer¹⁸⁴, o qual é explicitado como nexos biopolítico, ou seja, a nação só pode surgir no momento em que a vida nua, o mero viver, é apreendido pela política (AGAMBEN, 2007, p. 135).

Assim, o momento considerado como ápice do político, é, paradoxalmente, a inclusão do que lhe seria oposto – ao menos no sentido grego da diferença entre *bíos* e *zoé*. O tema da inclusão do que lhe é externo e causa outras exclusões é sempre presente na obra agambeniana, e não somente através da diferenciação entre inclusão-exclusiva e exclusão-inclusiva, mas também de maneira mais “direta”: a do estrangeiro, especialmente o refugiado e o apátrida, como o excluído por definição¹⁸⁵, ou melhor, por constituição de uma ordem. Como a figura que coloca em xeque esta mesma ordem.

A conversão em cidadão ocorre justamente pela inclusão da vida através do nascimento: “Que, através dela, o ‘súdito’ se transforme em ‘cidadão’, significa que o nascimento – isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas consequências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania. O princípio da natividade e o princípio da soberania, separados no antigo regime (onde o nascimento dava direito somente ao *sujet*, ao súdito), unem-se agora irrevogavelmente no corpo do Estado-nação. **Não é possível compreender o desenvolvimento e a vocação ‘nacional’ e biopolítica do Estado moderno nos séculos XIX e XX, se esquecemos que em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas, antes de tudo, a sua vida nua, o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, é investido como tal pelo princípio da soberania. A ficção aqui implícita é a de que o nascimento torne-se imediatamente nação, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum. Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele) somente na medida em que ele é o fundamento imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir à luz como tal), do cidadão**” (AGAMBEN, 2007b, p. 135, grifos meus).

¹⁸⁴ A nação também é tratada na Declaração, não obstante sua pretensão universal. No art. 3º “O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.”

¹⁸⁵ Bauman considera os migrantes, especialmente os refugiados como “excedentes da população”, ou seja, resíduos de um sistema cada vez mais desigual e no qual nenhum Estado deseja acolher. Nesta ordem de coisas em que as fronteiras mostram-se como “membranas assimétricas” pois permitem a saída, mas servem como proteção frente a entrada não desejada de unidades vindas do outro lado, a única alternativa dada aos refugiados é tornar permanente o provisório através de acampamentos nos quais a vida se passa como que deslocalizada e destemporalizada, em uma “terra de ninguém, sem tempo”. BAUMAN, 2008b.

É justamente o resíduo entre homem e cidadão que se mostra quando o Estado-nação entra em crise. É nesta crise que o nazismo e o fascismo surgem como uma alternativa biopolítica à biopolítica de formação do estado. Se o território já não é o substrato por excelência há a necessidade de reformular o conceito de território, ampliando-o ou, conforme o caso, reduzindo-o de forma a criar espaços que não pertencem a território algum; a nenhum espaço.

É precisamente através do esculpir de novos espaços e fronteiras que devemos ver os campos. Este espaço representa de forma mais extrema de como a vida nua é apreendida pela política e circunscrita em um espaço geográfico – que tende a se espalhar como paradigma da política moderna. Este processo de apreensão da vida nua e sua circunscrição em campos, enquanto espaços desterritorializados, passa pela gestão das migrações e dos migrantes enquanto vida que não merece estar no interior do Estado-nação. É neste sentido que o estrangeiro, e especialmente os apátridas e refugiados, mostram sua face enquanto vida nua.

3.2.3 O exílio de direitos: o estrangeiro que chega e põe em xeque o castelo de areia dos direitos humanos

O estrangeiro será visto aqui como uma figura política que desde a criação de uma unidade política, o Estado-nação, é excluído e que desvela a seletividade dos discursos de inclusão – como os já citados de direitos humanos. E não por acaso, é Hannah Arendt, uma autora que viveu a apatridia¹⁸⁶ que norteará a discussão a seguir.

Para pensar o que significa ser estrangeiro é importante começar pela própria palavra. A figura do estrangeiro, por definição, mostra um estranhamento, explicita uma distância entre culturas que é de difícil superação, e a etimologia do termo mostra que esta característica está no cerne do significado. A palavra é proveniente do termo francês (antigo)

¹⁸⁶ Não por casualidade o tema das nacionalidades, nacionalismo, estrangeiro e xenofobia são tão relevantes na atualidade. No momento das guerras mundiais, assim como no período da guerra fria, dentre tantos outros conflitos, houve um amplo processo de deslocamento de pessoas o qual culminou com uma quantidade sem precedentes de “deslocados” (uso este termo em um sentido atécnico, juridicamente falando). Muitos dos autores aqui estudados foram eles mesmos marcados pela experiência do exílio, do deslocamento, do ser estrangeiro/estranho em um mundo que parece não ter nada a lhes oferecer. Como exemplos cito: Derrida, judeu argelino, quem viveu e produziu na França, a própria Hannah Arendt, alemã judia que viveu nos Estados Unidos, depois de ter passado pela França, onde inclusive ficou em um campo de internamento, Agnès Heller, húngara, vive nos Estados Unidos; Lévinas, esloveno, viveu na França; Edward Said, palestino, viveu a maior parte da vida nos Estados Unidos e Inglaterra, Julia Kristeva, búlgara (ela se descreve como intelectual cosmopolita de origem búlgara), vive na França, e publica suas obras em francês, Elie Wiesel, romeno, depois de viver a apatridia tornou-se cidadão americano, Tzvetan Todorov, búlgaro, vive há cerca de quatro décadas em Paris. Estes exemplos, mais do que pretender encerrar o assunto servem para mostrar como o estrangeiro não se vê somente privado de sua *terra*, mas de suas referências, uma das mais importantes a língua.

étranger (atual *étranger*), que por sua vez origina-se da palavra francófona *étrange* (atual *étrange*), derivada do termo latino *extraneus*, ‘estranho’.¹⁸⁷ A mesma sensação de afastamento também pode ser encontrado no termo “bárbaro” que significa além de estrangeiro e cruel, desumano. Este termo originou-se devido a ausência de entendimento dos povos ditos civilizados ao ouvirem a língua dos povos estrangeiros. Como parecia uma grande onomatopéia, o termo foi cunhado para designar o barulho feito por estes estrangeiros¹⁸⁸. Sem uma linguagem (entendida como uma cultura) comum, não restava outra designação além da feita pela oposição aos seres civilizados.

É este estranho que, ao aparecer nas margens, coloca em xeque a construção dos direitos humanos. Hannah Arendt tece sua crítica principal ao fato de se estabelecer o nascimento como forma de inclusão na ordem jurídica, havendo, com isso, um pleito de reconhecimento pela espécie. Para Arendt não é a espécie que confere a igualdade, mas a participação política, e por isso não se nasce igual, mas torna-se igual através da participação em uma comunidade política. Ademais, é no mínimo irônico atribuir ao nascimento o gozo dos direitos humanos se a intermediação ocorre através dos Estados. E é precisamente esta a conclusão advinda do momento pós-guerra, em que a criação e dissolução de Estados geraram uma quantidade sem precedente de refugiados e apátridas¹⁸⁹.

Retomando a importância da desnacionalização para a despersonalização, sua ocorrência em massa significou muito mais do que a privação de uma nacionalidade. Significou em última análise a privação dos seus direitos, que supostamente eram inalienáveis. Portanto, não por casualidade o meio escolhido para colocar milhões de pessoas em um limiar – dentre elas grupos e povos inteiros – foi um meio técnico-jurídico.

A consequência integral da desnacionalização ultrapassa a perda de proteção do Estado para o cidadão, alcançando o fato de nenhum outro Estado assumir tal proteção. Como expõe Arendt (2004, p. 327), os direitos humanos estavam vinculados em uma espécie de teia que perpassava o mundo e a perda da proteção de seu Estado, significava a desproteção em

¹⁸⁷ Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.11, 2004.

¹⁸⁸ “Ele [guia para peregrinos de Compostela no século XIII] aconselha: passai por tal estrada, não deixeis, principalmente, de visitar tal santuário, onde estão depositadas relíquias milagrosas, mas, quando tiverdes ultrapassado Bordes, caireis num país, o país basco, onde as pessoas não falam mais como humanos, latem como cães”. DUBY, 1998, p. 62.

¹⁸⁹ Os dois termos têm um significado técnico no direito internacional e interno. Como o objetivo não é tratar na perspectiva jurídica, me limito a esclarecer que apátrida é o indivíduo que pela falta de ligação com os critérios de concessão de nacionalidade (que pode ser o sangue ou a terra, ou uma combinação de ambos) não obtém a nacionalidade de nenhum país. Já refugiado é aquele que embora tenha nacionalidade por algum motivo (dentre os especificados nos tratados internacionais, mas que valoriza o risco de permanência em seu Estado) resolve emigrar. O direito ao refúgio é uma tradição do direito internacional, não obstante ser cada vez mais colocado em risco pelas constantes limitações provocadas por uma postura política que liga refugiados à segurança interna.

todo lugar. De repente, o mundo se tornou pequeno demais em termos de alternativas, e grande demais em termos de acolhimento – ou falta de acolhimento. Nesse procedimento mostrou-se que não é necessário o uso de armas e violência para transformar essas vidas em vida que não merece ser vivida, para usarmos uma expressão de Agamben. E aí se mostra a principal lição do totalitarismo, cujo espanto não é menos atual: não somente as armas produzem a degradação do humano, mas também os papéis encadeados na malha da burocracia, e aqui, novamente a importância de Kafka. Quando pensa um processo no qual sua personagem perde-se nos aposentos de um tribunal, cujos juízes vêem livros de pornografia durante a sessão, ele nos obriga a ver que a destruição não se dá com a faca de açougueiro no momento da morte de K, mas começa muito antes que seja usada.

Frente a uma quantidade absolutamente nova e surpreendente de refugiados, os Estados começaram a se alarmar, e com isso criaram leis tornando mais difícil o exercício do direito ao asilo e as nacionalizações; na mesma medida em que criavam mais e mais hipóteses de desnacionalizações. A perversidade da desnacionalização consistia justamente em tornar os grupos de refugiados não aceitáveis em lugar algum do mundo – principalmente se anteriormente houve confisco de seus bens – de modo que nenhuma lei é plenamente aplicável, deixando milhões de pessoas em uma espécie de “limbo legal” (ressalto que este mesmo termo pode ser usado para designar espaços atuais que pretendem criar uma ficção de desterritorialização, sendo o exemplo mais evidente o campo de Guantánamo, onde se pretendia que nenhuma regra tivesse possibilidade de ser aplicada).

Para a resolução da questão dos refugiados e dos apátridas as duas únicas respostas conhecidas eram a repatriação e a naturalização. Todavia ambas falharam, principalmente porque foram concebidas enquanto instrumentos individuais e não para aplicação em grande escala. Mas também, porque em alguns casos havia recusa da repatriação – pois possibilitava um retorno a um Estado que claramente não desejava o retorno do indivíduo – e da naturalização – esse era um momento perene, já que os Estados poderiam cancelar a naturalização, deixando as pessoas desprotegidas, e em parte por recusa dos que não desejavam perder sua origem cultural.

Agamben analisa o fenômeno sob outra ótica, ainda que em grande medida seja tributária das concepções arendtianas sobre a construção do Estado-nação¹⁹⁰, a qual considera

¹⁹⁰ O surgimento do Estado-nação é de fundamental importância para compreender a crítica aos direitos humanos, não obstante este tema não será tratado detalhadamente neste trabalho, especialmente a distinção entre Estado e nação. Neste tópico me limito a apresentar uma breve consideração arendtiana em que a autora considera que a conquista do Estado pela nação (esta ligada em maior ou menor grau no racismo) acabou possibilitando formas de nacionalismos totalitários em que se todos os expedientes do Estado são interpretados como busca da prosperidade da nação (ARENDDT, 2008a, p. 234-239). Lembro também que a construção do que designo como Estado-nação teve feições distintas conforme a tradição, assim enquanto em certos Estados o

que a proliferação de tratados internacionais acabou por impedir uma compreensão do significado do fenômeno da ligação entre direitos do homem e Estado nacional. Dito de outra forma, partindo da crítica arendtiana aos direitos humanos, ele vê nas declarações documentos biopolíticos que incluíram a vida de maneira inexorável na política. Para ele é necessário abandonar a crença de que as declarações de direito são proclamações gratuitas e valores eternos metajurídicos que tendem a vincular o legislador, para considerá-las de forma mais realista, ou seja, enquanto figura de inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação. O que significa reconhecer a vida biológica enquanto “fundamento terreno de legitimidade e soberania” (AGAMBEN, 2007b, p. 134).

Voltemos à declaração de 1789 e seu significado para o direito e para a política. Seu texto mostra que o fato do nascimento é o que confere a qualidade de fonte e titular de direitos. Ao eleger a vida biológica como base do ordenamento, desqualifica-se a figura do cidadão, ou melhor, torna o cidadão definido enquanto dependente do nascimento, confundindo o que seria a existência política com a biológica. Sendo o nascimento fundante do sistema jurídico-político moderno pode-se atribuir soberania à nação – que etimologicamente deriva do termo nascer – e com isso fecha o círculo aberto pelo nascimento do homem (AGAMBEN, 2007b, p. 135).

Logo, a passagem da idéia divina para a soberania nacional parece mostrar aspectos bastante distintos daqueles considerados em uma análise inicial, os quais enaltecem a passagem da arbitrariedade para a racionalidade no Estado e na política. O nascimento e a soberania que eram separadas no antigo regime, unem-se no corpo do “sujeito soberano” e constitui-se no fundamento do novo Estado-nação.

Nesse contexto o nazismo e o fascismo adquirem outra perspectiva, a de dois sistemas que se utilizam da vida nua enquanto local da decisão soberana, inseridos no contexto da crise do Estado. O próprio uso da expressão “solo e sangue” pelo nacional-socialismo mostra a apropriação pelo regime dos dois itens considerados fundamentais. A origem de ambos são as concepções de “*ius soli*” e “*ius sanguinis*”¹⁹¹, que no antigo regime representavam uma relação de vassalagem e no novo sistema tem um significado diverso: o de nomear a vida como estatuto. Isto significa que o uso pelo fascismo e nazismo destes dois elementos como suas “bandeiras” é uma apropriação dos critérios de concessão de nacionalidade

motivo que engendrava homogeneidade, ou poderia dizer a “causa aglutinadora”, era eminentemente étnica, em outros o discurso era feito em nome da “cultura comum”.

¹⁹¹ Os critérios expressam uma escolha do Estado-nação para conferir cidadania, ou podemos dizer pertença. Neste sentido traz a valorização de alguns itens. Assim, no *ius soli*, sinteticamente entendido como nascimento no território nacional, o foco é o aspecto territorial. Já no *ius sanguinis*, pertença identificada com o fato dos antepassados serem nacionais, claramente valoriza a linguagem étnica. Este segundo se pauta na “combinação do *ethnos* com o *demos*, de ‘pertencer a um povo’ com ‘pertença no Estado’”. BENHABIB, 2005, p. 53.

historicamente construídos, ou seja, é só uma exarcebação dos elementos constitutivos do Estado-nação, ou ainda podemos dizer, é o seguimento da lógica do Estado em sua radicalidade. E com isso o fascismo e o nazismo podem ser considerados enquanto redefinição das relações entre o homem e o cidadão.

Neste panorama, a figura dos refugiados mostra-se questionadora do paradigma da Nação, em que o nascimento e a nação coincidiriam sem resíduos, para aparecer como conceito-limite e como deslocamento constitutivo das figuras de homem e cidadão. Assim, põe em xeque a tríade fundante do Estado moderno: estado-nação-território.

Além da figura do refugiado, a figura do estrangeiro, desde a Grécia, aparece como a de um apartado da vida política. Mas, é com o surgimento do Estado que estas ganham centralidade. Isto porque na tentativa de inclusão de todos em uma determinada ordem, a ordem pós-revolução francesa, algo escapa, sobra um resto que não pode ser incluído, e nesta impossibilidade mostra-se a fragilidade desta construção. O estrangeiro é este resto, é o que resta excluído para permitir a inclusão dos assim chamados cidadãos¹⁹². Neste mesmo sentido de desarticulação, Julia Kristeva considera que o estrangeiro é a cicatriz entre o homem e o cidadão (KRISTEVA, 1994, p. 102). Para DOUZINAS (2009, p. 116), “a partir daquele ponto, a condição de Estado, a soberania e o território seguem o princípio de nacionalidade. Se a declaração inaugurou a modernidade, ela também deu início ao nacionalismo e a todas as suas conseqüências: genocídios, conflitos étnicos e civis, purificação étnica, minorias, refugiados, apátridas.”

Esta situação, de formação dos considerados como estrangeiros e seu reconhecimento pela ordem jurídica formam o que Kristeva¹⁹³ define como um paradoxo: “Se a regulamentação política ou a legislação em geral definem a nossa maneira de colocar, aplicar e eventualmente modificar o estatuto dos estrangeiros, elas também formam um círculo vicioso, pois é precisamente na visão delas que *existem* estrangeiros” (KRISTEVA, 1994, p. 101). Mais a frente Kristeva compara o mecanismo de inclusão/exclusão com um pêndulo: “O

¹⁹² Isto não quer dizer que os estrangeiros sejam os únicos excluídos desta ordem, mas tão somente que sua exclusão é constitutiva da ordem, é este estar fora que possibilita que haja um dentro. E aqui devo advertir que a questão dentro/fora, inclusão/exclusão é mais complexa do que a teoria dos conjuntos permite representar, pois envolve matizes e gradações e não uma relação já dada. Acrescento que o reconhecimento da exclusão dos estrangeiros não pretende negar outras tantas exclusões: das mulheres, negros, pobres, idosos, etc.

¹⁹³ O título do livro de Kristeva merece atenção especial. A tradução brasileira tem o título de “Estrangeiros para Nós Mesmos” enquanto a americana é *Strangers to Ourselves*. Entretanto como aponta o tradutor do francês para o inglês, Leon S. Roudiez, este título não acompanha a pluralidade de significados presentes no termo francês *étranger*, o qual pode ser traduzido em inglês por quatro palavras *foreigner*, *stranger*, *outsider* e *alien*. Ou seja, a palavra estrangeiro tem em seu âmago a referência não só ao que não pertence ao país, mas ao estranho, o de fora, alienígena, e é esta polissemia que acompanha o tratamento ao estrangeiro, este estranho desde sempre. Nota do tradutor disponível em KRISTEVA, 1993, p. 99.

jogo deste pêndulo é o que as democracias encontram de melhor para fazer frente aos estrangeiros que têm o temível privilégio de fazer um Estado confrontar-se com seu outro (outro Estado, mas também fora do Estado, não-Estado,...) e, mais ainda, a razão política com a razão moral” (KRISTEVA, 1994, p. 102).

Isto quer dizer, sucintamente, que a emergência de nacionalismos, xenofobia, e a exclusão sistemática do estrangeiro da esfera pública – e cito como exemplo a lei italiana que criminaliza o ingresso do estrangeiro indocumentado no país – para além da interpretação como algo incompreensível ou através da psicologia das massas – o que é uma possibilidade interpretativa, mas não deve ser a única – mostra a ligação entre a inclusão de uns e exclusão de outros. Neste sentido novamente retomo Agamben: “Nesta perspectiva, o que está ocorrendo na ex-Iugoslávia e, mais em geral, os processos de dissolução dos organismos estatais tradicionais da Europa oriental não devem ser vistos como um reemergir do estado natural de luta de todos contra todos, que prenuncia a constituição de novos pactos sociais e de novas localizações nacional-estatais, mas, antes, como o aflorar à luz do estado de exceção como estrutura permanente de des-localização e des-locação jurídico-política. Não se trata, portanto, de um retrocesso da organização política na direção de formas superadas, mas de eventos premonitórios que anunciam, como arautos sangrentos, o novo *nómos* da terra, que (se o princípio sobre o qual se baseia não for reinvocado e colocado novamente em questão) tenderá a estender-se sobre todo o planeta.” (AGAMBEN, 2007b, p. 44)

Embora se faça referência aos eventos como mensageiros de uma nova ordem, não se deve esquecer que se tal ordem ameaça a se tornar *o nómos* da terra é porque ela já estava no ordenamento enquanto algo interno, velado, e que ameaça a atuar de modo extremo e com isso a exclusão sobre a qual se fundamenta esta ordem é potencializada, com resultados imprevisíveis.

A partir destas reflexões podemos perguntar o que o surgimento dos direitos humanos como tentativa de conciliação entre vida natural e vida política sugere. É justamente a separação entre homem e animal, vida biológica e vida política, que é colocada em xeque, pois a partir do momento em que a vida natural mostra-se tal como é, ou seja, um resto da tentativa de integrá-la, o sistema desestabiliza-se. Por isso os direitos humanos não são, e nunca foram, espaço para a solução das questões biopolíticas, mas surgem imersos nestas questões. Ao exercer a mesma lógica deste poder – que Arendt muito bem notou como a suposição de um ser humano como tal – a política é simplesmente eliminada, e em seu lugar entram questões de raça. Talvez por isso o mal-estar não somente com os direitos humanos,

mas principalmente com o direito humanitário¹⁹⁴, que ao se absterem de discutir a questão política pautam-se por um sentimento de humanidade que faz com que as pessoas a serem ajudadas sejam consideradas mera vida nua. É neste contexto que podemos visualizar as campanhas de arrecadação de recursos em que as fotos utilizadas parecem – na interpretação mais benéfica – apelar somente ao pertencimento biológico.. Também, a existência de campos de refugiados e de estrangeiros, já que não há lugar no mundo que possa recebê-los, em que a vida atinge seu grau maior de identificação com a vida biológica.

Neste sentido de completa ruína de uma concepção jusnaturalista séria de direitos humanos, e seguindo as advertências de Hannah Arendt, devemos novamente deixar claro que não é o nascimento que deve ser o nexo de pertencimento a uma comunidade, mas uma efetiva participação política, pois o nascimento, dado biológico, sempre pode ser apropriado no sentido de transformação do homem em um ser desprovido de história. Neste sentido, os campos são exemplos mais extremos de como o homem pode ser condicionado e ser morto em vida.

3.3 CAMPOS: A (DES)LOCALIZAÇÃO EXCEPCIONAL¹⁹⁵

É inevitável que ao analisar a figura dos campos tratemos inicialmente dos campos de concentração e de extermínio como exemplos mais conhecidos e extremos. Isto porque foram experiências as quais marcaram profundamente a filosofia, a política, a história, a sociologia, o direito e a (nossa) vida.¹⁹⁶ Todavia é imperativo considerarmos que na atualidade temos muitos exemplos da existência de campos, e que estão em contextos bastante distintos.

Entretanto, a ligação dos campos contemporâneos – notadamente o de estrangeiros, em suas diversas configurações – com os campos totalitários não é um assunto pacífico e merece explicações. Se para alguns eleger o campo como paradigma é uma postura alarmista (BIETLOT, 2005), para outros (ASPE, COMBES, 2000) pode ser um desrespeito às vítimas comparar os campos modernos com os nazistas e stalinistas, assim como eleger este espaço

¹⁹⁴ Por este termo entendem-se as disposições aplicáveis no caso de guerras, principalmente a Convenção de Genebra. A Cruz Vermelha internacional é uma das principais instituições que lidam com este ramo do direito, o qual tem por principal fundamento minimizar as perdas (em sentido amplo) ocorridas com os civis e “disciplinar” o que é possível de ser utilizado nos conflitos (por exemplo os tipos de armas que não são permitidas, a obrigação dos Estados em relação aos soldados inimigos capturados).

¹⁹⁵ Extremamente importantes as concepções de Agamben: “Quando nosso tempo tentou dar uma localização visível permanente a este ilocalizável, o resultado foi o campo de concentração.” AGAMBEN, 2007, p.27.

¹⁹⁶ Neste sentido é significativa a assertiva de Adorno de que “não é possível fazer poesia depois de Auschwitz”. O que em seu pensamento aparece como um grande questionamento do que entendemos como civilização.

como paradigma da política. Seria comparar o absolutamente incomparável, e com isso banalizar o sofrimento e o caráter de ser sem precedentes.

A crítica de Bietlot é sobre dois tipos de discursos: o primeiro que banaliza os campos de estrangeiros com o uso de eufemismos e de uma ginástica argumentativa, como a fala que nega o caráter de prisão aos centros de internamentos de migrantes pelo fato de que todos os migrantes podem ser libertados, desde que aceitem deixar o país. O segundo é o que ele nomeia como alarmista, o qual pretende comparar os campos de estrangeiros com os campos de concentração nazistas, postura que não seria nem politicamente justa e nem epistemologicamente correta.

Sobre as objeções de Bietlot, o fato de trazer os campos atuais como herdeiros de uma tradição do “tudo é possível”, cuja manifestação mais extrema foram os campos de extermínio, não significa igualar, ou mesmo procurar uma comparação impossível – pois seria feita sob qual critério: quantidade de campos, de sofrimentos infligido? – mas perceber que a lógica biopolítica totalitária que tanto causa horror não só se mantém, como se espalha. Ou seja, não se trata de comparar, e com isso reduzir o caráter da enormidade dos eventos totalitários, mas perceber que, mesmo sob o rótulo de democracia, a biopolítica mantém-se e ameaça, como uma espada de Dâmocles, a reproduzir-se incessantemente.

Sobre a questão trazida por Aspe e Combes, não se pode deixar de remeter à obra “O que Resta de Auschwitz” de Agamben. Neste livro o autor propõe que há uma nova ética depois de Auschwitz, já que a maioria dos princípios éticos de nosso tempo não passou pela demonstração de Auschwitz. Isto não significa que não sejam válidos, mas que o fato extremo mostrou a não aplicabilidade nesta ocasião. E não se pode conceber que algumas categorias só funcionem em tempos de normalidade, como uma ética da normalidade e uma ética dos campos. O fato dos campos terem sido fatos singulares não impede ou contradiz o fato de que a lógica que os moveu ainda permanece. De fato, não se pode entender o totalitarismo e suas conseqüências, como os campos, como simples continuções da política anterior. Hannah Arendt foi muito hábil em compreender o caráter absolutamente ímpar do totalitarismo e sua impossibilidade de explicação por critérios anteriores, como o econômico. Entretanto, não se pode erigir o totalitarismo como algo absolutamente inigualável e separado de nossos tempos, pois com isto se ignora que algumas das práticas das modernas democracias são bastante compatíveis com as práticas totalitárias. Isto não significa, absolutamente, igualar democracia e totalitarismo, mas mostrar, sobretudo, as deficiências daquela que repete este em fatos como os campos.

A tentativa de ressaltar de maneira absoluta a singularidade dos fatos leva a uma postura não-ética de comparação com fatos religiosos. Daí que o termo Holocausto não deve ser utilizado para descrever o extermínio, pois a doutrina do martírio foi criada para justificar uma morte insensata, absurda. E neste sentido deve ser renegado o termo holocausto como uma exigência inconsciente de justificar a morte sem causa, de restituir um sentido ao que não tem sentido algum. A origem da palavra provém de um termo grego que significa literalmente “todo queimado”. A história do termo é cristã e está inscrita em um contexto sacrificial. Uso de eufemismo para designar as mortes, inclusive pelos judeus (*shoá*, que significa, catástrofe; e que na Bíblia designa um castigo divino). Assim, dizer que Auschwitz é indecível ou incompreensível significa adorá-la em silêncio, como se faz com um deus, significa contribuir com sua glória (AGAMBEN, 2005).

E nesta perspectiva de reconhecer o campo como um dispositivo que se mantém, assim como o panóptico, podemos estudá-lo como espaço de manifestação de um determinado poder, em vários contextos distintos. Ou seja, se Agamben pensa em campos em um contexto mais filosófico, na perspectiva historiográfica também pode ser invocado este espaço como uma chave teórica, ainda que o conceito de campo possa variar. Por isso a necessidade de conceituação, ou melhor, de delimitação sobre o sentido do qual me utilizo.

Como efeito de comparação, cito o trabalho de dois historiadores brasileiros com pesquisas bastante interessantes sobre a existência de campos no Brasil. Frederico de Castro Neves estuda a formação e desenvolvimento de campos no estado do Ceará para abrigar pessoas que fugiam da seca, e impedi-las de prejudicar o projeto de formação de uma capital nos modelos da *belle-époque*. Já Priscila Ferreira Perazzo tem como pesquisa a existência de campos de concentração no Brasil com o objetivo de internamento de “súditos do eixo” no período da II Guerra Mundial. Embora ambos os trabalhos sejam extremamente interessantes do ponto de vista histórico, parece-me que há uma confusão de conceitos, já que ambos fundamentam a escolha do termo “campo” com base em Foucault, especialmente no livro “Vigiar e Punir”. Permito-me apresentar a definição de Perazzo como forma de clarificar o conceito de campo: “Todavia, acreditamos poder utilizar o termo *campo de concentração* para os casos que serão apresentados nesse livro, pois à época existia a expansão de uma forma de ‘poder disciplinar’ que se tornava possível a partir do estabelecimento de locais nos quais a observação de atividades podia ser realizada no sentido de garantir o controle total dos indivíduos [cita Giddens]. Designamos os presídios e colônias penais como campos de concentração sem nos basearmos na existência ou não de maus-tratos aos prisioneiros, até porque não pretendemos comparar ou dimensionar o sofrimento humano dos estrangeiros

presos no Brasil em relação ao ocorrido na Europa sob o jugo dos nazistas (...)” (PERAZZO, 2009, p. 37).

Sobre este conceito, tem razão a autora ao considerar que não há a necessidade de serem verificado maus-tratos para a caracterização como campo. A importância desta perspectiva é questionar interpretações que liguem os campos à péssima condição carcerária no país. Apesar de graves e flagrantes violações por parte do Estado dos direitos dos presidiários as cadeias não podem ser consideradas campos, pois ainda que não seja aplicada, há uma lei vigente dentro das cadeias. Ademais, se todos os espaços de violações de direitos forem considerados campos, o conceito deixa de ter significado, tornando-se banalizado. Entretanto, apesar da concordância neste aspecto, ao vincular este espaço ao poder disciplinar, parece haver uma confusão em relação às cadeias.

Isto porque, se o poder disciplinar tem por objetivo último controlar os corpos individuais para a obtenção de uma “utilidade”, construindo o corpo adestrado em relação ao tempo e à sua atuação, no campo não há tal vinculação. Isto quer dizer que enquanto no poder disciplinar, e nos espaços em que há a manifestação deste poder, o objetivo principal é promover uma conduta considerada correta – em oposição às anormais – através de controle do tempo e visibilidade constante do espaço, no campo nenhuma conduta pretende ser alterada. Não há um “adestramento”, mas “tão somente” a exclusão através da desumanização dos internos¹⁹⁷, desumanização esta que já começa a nível discursivo com a exploração midiática dos medos da sociedade e a identificação com os migrantes¹⁹⁸ com tais medos. Retomando (e modificando), Kafka podemos dizer: “o campo não espera nada de ti, ele te recebe quando chegas (mas não deixa ir quando vais)”.

Chamar este espaço pelo que efetivamente é mostra-se imperativo para não esconder a realidade sob formas eufemísticas. Portanto, “centros de detenção provisória”, “zona de espera”, “centros de internamentos de estrangeiros”, “centros de permanência temporária e acolhimento”¹⁹⁹ variam na nomenclatura e em alguns aspectos acerca do funcionamento, entretanto todos estes exemplos são, sim, campos. Todos têm por função separar quem pode

¹⁹⁷ A desumanização pode ocorrer em gradações distintas, pois se nos campos nazistas o objetivo era a destruição física e moral; nos campos de estrangeiros o objetivo é estes estrangeiros sejam considerados sub-espécie, bárbaros e com isso possam ser excluídos juridicamente da posição de sujeito, ainda que não haja destruição física.

¹⁹⁸ Consultar Dal Lago (2004).

¹⁹⁹ No original: *zones d'attente* (zona de espera – França), *Centri di Permanenza Temporanea e d'Accoglienza* (CPT) – Centros de Permanência Temporária e de Acolhimento Itália, *Centros de Internamiento de Extranjeros* (CIE) – Centros de Internamento de Estrangeiros - Espanha. Saint-Saëns, Isabelle. Des camps en Europe aux camps de l'Europe. Disponível em <<http://multitudes.samizdat.net>>. Acesso em 03 dez. 2009.

ingressar no território e quem não pode, e tornar os que não podem pessoas com personalidade jurídica e política negadas.

A definição de campo proposta por Agamben no livro “Means Without End” e no “Homo Sacer” é de um espaço onde se materializa o estado de exceção e se cria, com isso, um espaço de vida nua, e também o espaço onde a mais absoluta condição inumana é atingida (AGAMBEN, 2000, p. 41). O que é absolutamente interessante na visão de Agamben é a inscrição do campo como matriz escondida e *nómos* do espaço político em que ainda vivemos²⁰⁰, ou seja, não se trata de um evento marginal²⁰¹, mas de um espaço que se inscreve no centro da política moderna. Outro aspecto relevante em sua análise é a abrangência de sua concepção de campo, que incluem territórios de aparente normalidade. Assim, ele cita como exemplos de campos as *zones d’attente*²⁰² nos aeroportos franceses. Embora se possa dizer que a inclusão da vida nua em espaços nos quais as leis não são aplicáveis acontece na maioria das fronteiras e aeroportos do mundo, simbolizando que a questão do migrante explicita de forma ímpar a existência da exceção. Além do espaço fronteiro, Agamben aponta o uso do estádio de futebol em Bari²⁰³, no qual a polícia italiana alocou temporariamente os imigrantes ilegais albaneses em 1991 até que fossem deportados.

²⁰⁰ “This will lead us to look at the camp not as a historical fact and an anomaly that – though admittedly still with us – belongs nonetheless to the past, but rather in some sense as the hidden matrix and *nomos* of the political space in which we still live.” (AGAMBEN, 2000, p. 37)

²⁰¹ No decorrer do trabalho a noção de margens e fronteiras é continuamente invocada e, neste sentido, os campos são eventos marginais que estão no *centro* da política moderna. Este paradoxo é apenas aparente, e que pode ser visualizada no fato de que o principal (cerca de 96% das pessoas mantidas nas fronteiras francesas) centro de detenção temporário (*zone d’attente pour personnes en instances* – ZAPI) da França fica no aeroporto internacional Roissy-Charles de Gaulle, que, a despeito de estar a cerca de 30 km de Paris, é considerada área não-francesa. Ou seja, a fronteira não está nas bordas, mas em todos os lugares, e com isso o mecanismo de seleção de ingresso, permanência e expulsão passa por uma redefinição das fronteiras políticas e sociais, através de ficções jurídicas convenientes. MAKAREMI, AUBERT, Prisonniers du passage. Pour une ethnographie des zones d’attente. s/d. Disponível em <http://www.atopia.tk/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=99>. Acesso em 10 jan. 2010.

²⁰² Normatizado pela lei 92.625 de 6 de julho de 1992, *zone d’attente* (cuja tradução livre é zona de espera) é um espaço no qual os estrangeiros devem aguardar a análise de seu pedido de ingresso no território francês (mesmo se o pedido for baseado em solicitação de asilo), além de aguardar o reenvio para fora do território. Esse espaço pode existir dentro de aeroportos e portos. A “lei Sarkozy” de 26 de novembro de 2003 elastece a aplicabilidade desse espaço ao dispor que a *zone d’attente* pode ocorrer perto de redes ferroviárias, aeroportos, portos, além de possibilitar que no interior desse espaço exista toda a estrutura necessária para o procedimento do pedido de ingresso e recurso. Fonte: Association Nationale d’Assistance aux Frontières pour les Étrangers (ANAFÉ). Disponível em: <<http://www.anafe.org/za.php>>

²⁰³ Com a queda do Muro de Berlim, e devido à ligação histórica entre Itália e Albânia, houve uma grande migração sentido Itália, o que no início foi incentivado pelas autoridades e opinião pública italianas. Entretanto, depois de pouco tempo a migração passou a ser vista como risco e os migrantes cotidianamente identificados pela imprensa à prostituição e à criminalidade. Com o uso da “retórica da emergência”, passou-se a desprezar a categoria de refugiados, para identificar os albaneses com a criminalidade. Com isso legitimou-se o tratamento da questão sob a perspectiva militar, no que culminou com o uso do estádio de Bari para internamento destes migrantes, onde ficaram durante uma semana, sem nenhuma possibilidade de higiene, e com alimentação sendo jogada por helicóptero. O estádio foi circundado pelas forças de segurança e foi visitado por cidadãos italianos com seus filhos para “verem os albaneses”. Ou seja, este episódio mostra algumas constantes no tratamento dos estrangeiros: criação de um não-lugar, destruição da capacidade jurídica a nível discursivo pela “demonização”

O campo é o espaço por definição do funcionamento do estado de exceção, ainda que como um não-espaço. É onde a exceção se concretiza e com isso a vida nua é apreendida. Isto fica claro na inexistência de leis aplicáveis, além da criação de ficções jurídicas em que o espaço excepcional é colocado artificialmente fora de qualquer fronteira, como um espaço que não está em lugar algum.

O campo tem uma importância fundamental para a política moderna, não apenas por ser o espaço onde se concretiza a exceção, mas também porque demonstra que os elementos fundantes do Estado-nação não se aplicam mais. Se a tríade território, ordem legal e nascimento eram os elementos sobre os quais se fundava a soberania, estes entraram em crise e em seu lugar o campo assumiu uma função primordial²⁰⁴, para Agamben: “O nascimento do campo em nosso tempo surge então, nesta perspectiva, como um evento que marca de modo decisivo o próprio espaço político da modernidade. Ele se produz no ponto em que o sistema político do Estado-nação moderno, que se fundava sobre o nexos funcional entre uma determinada localização (o território) e um determinado ordenamento (o Estado), mediado por regras automáticas de inscrição da vida (o nascimento ou nação), entra em crise duradoura, e o Estado decide assumir a vida biológica da nação. Se a estrutura do Estado-nação é, assim, definida pelos três elementos *território*, *ordenamento*, *nascimento*, a ruptura do velho *nómos* não se produz nos dois aspectos que o constituíam segundo Schmitt (a localização, *Ortung*, e o ordenamento, *Ordnung*), mas no ponto que marca a inscrição da vida nua (o *nascimento* que, assim, torna-se *nação*) em seu interior. Algo não pode mais funcionar nos mecanismos tradicionais que regulavam esta inscrição, e **o campo é o novo regulador oculto da inscrição da vida no ordenamento – ou, antes, o sinal da impossibilidade do sistema de funcionar sem transformar-se em uma máquina letal.**” (AGAMBEN, 2007b, p. 181, grifos meus)

Ou seja, o Estado-nação formou-se enquanto a circunscrição de um determinado povo, através do nascimento, em um território sob uma ordem legal, entretanto, se a politização da vida foi fundamental para o surgimento do Estado, esta vida mostra um resto que não consegue ser apreendido. Nesta inapreensão só restam os campos. E aqui importante a ligação entre os campos de refugiados e a própria figura dos refugiados enquanto resto não apreendido pela ordem estatal. Para Douzinas o refugiado representa o Outro absoluto, o estrangeiro que possibilita a existência de um nacional: “O refugiado é o Outro absoluto. Ele

dos migrantes, espetacularização das medidas repressivas e exclusão. Sobre esta questão ver DAL LAGO, 2004, especialmente p. 179-204.

²⁰⁴ A não aplicabilidade da tríade já havia sido apontada por Hannah Arendt em sua obra “Origens do Totalitarismo” de 1951 ao tratar dos refugiados “Do ponto de vista dos governos interessados, era bastante compreensível que constantemente lembrassem a Liga das Nações (...), tinham muita razão de recear que os expulsos da velha trindade Estado-povo-território constituíssem apenas o começo de um movimento crescente, primeira gota de um dilúvio que se prenunciava cada vez maior.” p. 315

representa, de uma maneira extrema, o trauma que assinala a gênese do Estado e do Eu e coloca em xeque as reivindicações de universalização dos direitos humanos. Existe um enorme paradoxo, assim, ao solicitar que a lei proteja o refugiado. A lei divide o interior do exterior, e se pede, então, que ela cure a cicatriz ou a enfaixe ao oferecer proteção limitada a suas próprias criações” (DOUZINAS, 2009, p. 363).

O aparecimento dos campos mostra que este espaço não aparece somente no contexto do extermínio nazista, mas no momento de normalidade, tal como o art. 48 da constituição de Weimar. Isto serve de guia para pensar a exceção e os campos enquanto normalidade e resquícios de uma fratura fundamental que se mantém em nosso tempo, pois se os regimes totalitários não criaram seus principais expedientes jurídicos, mas deram uma nova utilização aos já existentes, eles ainda permanecem em vigência como prova de que a democracia e o totalitarismo são mais próximos do que se supõe.

3.3.1 Os campos: a falência da tríade fundamental (nascimento/território/soberania)

Agamben aponta-nos que os historiadores debatem se a primeira aparição dos campos ocorreu em Cuba em 1896, através dos *campos de concentraciones* para os insurgentes, ou com os *concentration camps* construído pelos ingleses no início do século XX na Guerra dos Boeres. Em ambas as hipóteses o campo surge através de uma ligação entre o estado de exceção e leis marciais, e não de uma mudança de leis ordinárias.

Os próprios campos nazistas demonstram a aplicação de leis marciais em sua origem, pois foram criados por uma derivação de um instrumento da lei prussiana que tinha por objetivo garantir custódia protetiva (o *Schutzhaft*). Esse instrumento era considerado preventivo, permitindo “levar em custódia” indivíduos desprovidos de qualquer comportamento criminal relevante, sendo suficiente a alegação de “evitar riscos à segurança do Estado” (AGAMBEN, 2000, p. 38). Assim, o campo surgiu como forma de proteção do Estado contra ameaças potenciais, portanto com a mesma justificativa do estado de exceção. Prosseguindo a análise de Agamben quanto ao surgimento do campo, a proteção oferecida pelo *Schutzhaft* refere-se justamente à proteção contra a suspensão da lei que é característica do estado de exceção. Assim o “*campo é o espaço aberto quando a exceção começa a tornar-se regra*” (AGAMBEN, 2000, p.39, grifos meus). O funcionamento do campo pressupõe a suspensão da lei e cria um espaço onde a exceção concretiza-se e a única lei aplicável é a vida nua. Somente com esses conceitos é possível compreender os campos nazistas e porque a logística do Reich elegeu como fim a ser alcançado a criação dos campos que mais do que

conduzirem à morte, levam a uma profunda indistinção entre vida e morte.

Todavia, a origem dos campos na Alemanha não ocorreu no sistema nazista, e sim no governo social-democrático em 1923, assim como a invocação da exceção através do art. 48 também é anterior ao nazismo, conforme capítulo anterior. Além da utilização do *Schutzhaft* para a internação de militantes comunistas, também houve a criação, em Cöthlen-Siebelow, de um campo de concentração para estrangeiros (*Konzentrationslager für Ausländer*) que abrigava principalmente judeus orientais. Este campo, mesmo que não se trate de campo de extermínio, pode ser considerado como o primeiro campo para judeus do século XX (AGAMBEN, 2007b, p. 174). A indistinção na exceção torna impossível circunscrevê-la a regimes ditatoriais, no sentido em que nunca houve um compartilhamento tão grande entre as características de Estados democráticos e totalitários.

O campo, além de simbolizar a falência da tríade fundamental (nascimento/território/soberania), mostra que alguns conceitos fundamentais para o Direito simplesmente são insuficientes para dar conta da realidade. Se o Direito trata de responsabilidade-culpabilidade-gravidade do crime, como inscrever as mortes em massa nesses conceitos? A morte, que nem se enuncia como tal, sendo tratada muitas vezes de forma eufemística, foge das classificações jurídicas. E neste sentido os julgamentos ocorridos depois do término do regime nazista dão uma triste visão pois mostram, ainda que de forma involuntária, o quanto são mais espetáculos do que propriamente jurídicos, ou espetáculos justamente por se pretenderem jurídicos em um momento em que não consegue dar respostas ao impensado que se tornou realidade²⁰⁵.

O funcionamento do campo é, portanto, bastante distinto do de uma prisão. Enquanto no primeiro manifesta-se a biopolítica, na segunda há a atuação do poder normalizador, o qual se exerce no corpo do sujeito. Embora deva ser ressaltado que apesar da prevalência de um tipo de poder, não exclui a coexistência de ambos em um mesmo espaço, ainda que com gradações distintas. Não pode ser comparado com uma prisão também porque enquanto no cárcere há a aplicação de uma lei, no campo, não há norma, ao contrário, é somente a vida que se manifesta. Enquanto a prisão tem por fim uma punição, o campo não tem finalidade além da destruição de seres humanos, independente da culpabilidade, e por isso, nos campos nazistas criminosos tinham tratamento mais benéfico do que aqueles que foram escolhidos

²⁰⁵ Em algumas situações os crimes ocorridos ultrapassam qualquer possibilidade de julgamento e retribuição. Isto ocorre no regime nazista, mas também em outras situações excepcionais do último século como o *apartheid* e os regimes ditatoriais, para citar apenas alguns. Nestas situações que ultrapassam o âmbito do direito quando este pretende julgar os crimes mostra a impossibilidade de mensurar os atos, de aplicar uma punição compatível e de garantir a retribuição. O julgamento de Eichmann é retratado por Hannah Arendt, quem cobriu o evento como repórter do *New Yorker*, como evento no qual ele se mostrou menos o monstro esperado como uma figura patética e desprovida de pensamento.

somente em função da raça²⁰⁶. É sob essas premissas que devemos inscrever os campos atuais, não como uma derivação das prisões²⁰⁷, mas de uma apreensão da vida, ou melhor, da conversão de todos em vida nua.

Os campos para migrantes demonstram que além da exceção ser a regra, a conversão de todos em vida nua, ou vida matável, é o motor da política moderna. A prisão de Guantánamo, os campos existentes na antiga Iugoslávia²⁰⁸, as já citadas áreas nos aeroportos e as “guerras contra o terrorismo” são alguns exemplos, mais visíveis, da conversão acima referida. Nesse contexto mesmo o termo “guerra contra o terrorismo” parece adquirir significado novo. A história dos Estados-nação sempre contou com guerras, geralmente entre Estados. Mas agora o viés é bastante distinto, não há inimigos definidos, todos estão em um limiar de indiferenciação. Quando não se consegue definir quem é inimigo, todos passam a ser iguais em sua matabilidade. Todos devem ser combatidos, todos são “riscos potenciais”.

3.3.2 Os Campos: zona cinza

Pensar os campos como espaço no qual se mostra a política não significa ver em todos os espaços um campo – concreto ou simbólico – mas perceber seu potencial de construção de uma racionalidade política. Se Agamben considera este espaço como paradigma, não é em função da quantidade de campos existentes no mundo – ainda que sejam muitos e em tendência de aumento – mas do que este espaço mostra da política, mesmo para aqueles que não estão confinados. Como escreve Federico Rahola: “Em vez de sancionarem/ratificarem uma condição definitiva, os campos definem e subsumem as biografias daqueles que não pertencem como potencialmente internáveis ou deportáveis. Não é o ato de internação e deportação em si (na medida em que a vasta maioria de migrantes “econômicos” e “políticos” não passa diretamente pela experiência de passar pelo centro de detenção, e também na

²⁰⁶ “(...) havia duas categorias de judeus nos campos, os chamados ‘judeus em transporte’ (*Transportjuden*), que constituíam o grosso da população e que nunca haviam cometido um crime, mesmo aos olhos dos nazistas, e os judeus ‘sob custódia’ (*Schutzhaftjuden*), mandados para os campos de concentração alemães por alguma transgressão e que, sob o princípio totalitário de dirigir o terror do regime contra os ‘inocentes’, viviam consideravelmente melhor do que os outros mesmo quando mandados para o Leste a fim de tornar *judenrein* os campos de concentração do Reich”. ARENDT, 2007, p. 235.

²⁰⁷ “O processo de liquidação da personalidade jurídica dos indivíduos aprofunda-se quando os campos de concentração surgem fora do contexto do Direito Penal normal, tal com concebido desde Beccaria, ou seja, só as leis podem determinar os delitos e as penas. Em outras palavras, o campo de concentração não é uma prisão.” LAFER, 1991, p. 109.

²⁰⁸ Nestes campos um dos propósitos principais era o estupro em massa como forma de engravidar as mulheres muçulmanas e com isso “espalhar a espécie”. Esta questão é retratada pela perspectiva de uma criança nascida destes estupros e de sua mãe no filme “Grbavica”, traduzido por “Em Segredo”.

medida em que a maioria daqueles presos e detidos não é expulsa nem deportada, mas libertada): **é a sua possibilidade, a sua virtual possibilidade como ato potencial que importa.** É especificamente nesse ato potencial (que define alguém como alvo muito provável de detenção e deportação), que ameaça os migrantes e pessoas deslocadas ratificando um *status* divisivo, que nós podemos estabelecer a “produtividade” particular (assim como a “integração” específica) que o sistema europeu de detenção (bem como os sistemas de detenção em geral) provê. E este é um tipo de produtividade, que responde primeiramente a critérios e lógicas de flexibilidade, em vez de fechamento: uma ferramenta temporária que produz um status flexível definitivo. Para dizer isso em palavras mais precisas, emprestadas de Pierre Bourdieu, é uma ferramenta que ratifica a precarização das condições de existência e permanência dentro de um dado território político; uma ferramenta que, ao invés de excluir estas presenças, as define em termos de uma absoluta e quase ontológica precariedade, tanto política como econômica. Por esta razão, **em vez de uma simples exclusão, o sistema de detenção – ao menos da forma em que ele opera nas fronteiras européias – parece prover/produzir uma forma de inclusão diferencial. E isto de fato diz algo crucial sobre o papel e o significado das fronteiras da atualidade, que eu concebo como ferramentas para prover formas diferenciais de inclusão ao invés de formas radicais de exclusão.** (RAHOLA, 2008, s/p).

Apesar do espanto com a notícia do funcionamento dos campos²⁰⁹, Hannah Arendt compreendeu a profunda diferença em relação a outros modelos, como o das prisões ou mesmo o da escravidão. Em um momento em que se procuravam respostas à pergunta de “como foi possível que isso acontecesse”, Arendt percebeu o significado político de regimes que possibilitam a existência de campos, e como estes mostram um novo patamar da política. Neste novo patamar, não basta a vitória sobre a outra parte, mas procura-se um aniquilamento – a função que o campo tem a oferecer – pois o grande objetivo é excluir do mundo de tal forma como se não houvesse nascido, como se nunca tivesse habitado o mundo dos vivos. Para a autora isto é alternativa do “tudo ou nada” inaugurada na política, pois o tudo mostra as infinitas formas que um homem pode viver em comum, o nada representa a vitória dos campos de concentração, pois significaria a ruína para todos os seres humanos, igual ao que o uso militar da bomba de hidrogênio traria para a raça humana (ARENDT, 2004, p. 494).

²⁰⁹ Arendt relata que inicialmente quando ouviu acerca dos campos considerou que só poderiam ser boatos terríveis. A seguir parte de uma entrevista, em que descreve quando ouviu falar de Auschwitz, o que ocorreu pela primeira vez em 1943: “E a princípio não acreditamos, embora, para dizer a verdade, o meu marido e eu achássemos aqueles assassinos capazes de tudo. (...) O meu marido que foi outrora historiador militar, e que conhece um pouco essas questões, disse-me: não acredites nesses boatos, eles não podem ir tão longe! Mas tivemos que acreditar de facto seis meses mais tarde quando se provou que assim era (...)” ARENDT, 2001, p. 28.

Arendt considerava que os campos de concentração e de extermínio como um espaço de experimentação, laboratórios onde foi demonstrado de forma cabal que tudo é possível. O campo de concentração e, posteriormente, o campo de extermínio, não surgiu por motivos utilitários, tampouco com a finalidade de alguma punição. Se não tinha por fim gerar uma utilidade, se não era uma cadeia, seria difícil compreender sua verdadeira finalidade se não fosse levada em consideração que a experimentação com o que é humano foi seu fundamento último – e aqui não me refero à experimentação no sentido de experiências científicas com o uso de cobaias, mas ao experimento mesmo de saber como o humano pode ser tornado completamente inumano. Ou seja, o campo não somente fabrica a morte, mas também o próprio critério de morte, e por consequência, da vida. Assim como poderíamos dizer que procura fabricar o animal e com isso definir em que medida o homem pode ser animalizado. Esta foi a perspicácia de Primo Levi, em seu livro “É Isto um Homem?” (1988), ele mesmo sobrevivente de um campo, ao perguntar se na experiência extrema permanece a humanidade.

A privação de alimentos, o trabalho forçado, a morte despersonalizada e técnica, o uso de internos para fazer serviços no campo – como lidar com corpos, recolher objetos de valor entre outros serviços – são formas de impelir o desmoronamento de qualquer sensação de pertencimento, de qualquer resto do que poderia ser dito como civilizado.

Arendt, ao falar da fragmentação da personalidade dos internos, cita o cão de Pavlov, o experimento de condicionamento das atitudes, de forma que o pensar é substituído pelo mero (sobre)viver e, assim, o ideal do campo é a substituição do pensamento e possibilidade de ação por um sobreviver sem reflexão²¹⁰. O campo impõe um regime tão brutal que põe em xeque até mesmo o que durante milênios foi considerado como fundamental para a definição do que é humano: a fala e a possibilidade de contar²¹¹. A dificuldade – ou a impossibilidade – de relatar o que se viu não é um psicologismo, mas uma das características marcante da experiência excepcional, os nazistas consideravam que a incomensurabilidade do que ocorria nesses espaços era tão grande que mesmo se possível contar, ninguém poderia acreditar.

A figura do muçulmano é fundamental para entender a estrutura de desubjetivação presente nos campos. Muçulmano é a designação irônica que recebiam os internos dos campos quando pareciam estar prestes a perder suas últimas forças, quando já pareciam ter perdido a capacidade de pensar. Este homem que não parece pertencer ao mundo dos homens,

²¹⁰ ARENDT cita como exemplo os números curiosamente baixos de suicídios no interior dos campos, algo que seria esperado dadas as condições extremas lá enfrentadas. Para a autora isso mostra como a vontade é destruída, até mesmo a escolha da morte – que para muitos parecia inexorável (ARENDT, 2004, p. 506).

²¹¹ Aqui me refiro especificamente às concepções aristotélicas que considera que a especificidade humana é a possibilidade da linguagem, em contraposição aos animais que só possuem a voz, conforme citado anteriormente.

este morto que, todavia, não “recebeu a morte”. Este que viu a Górgona²¹² e voltou. (AGAMBEN, 2005; LEVI, 2004).

Como diz Arendt (2008a, p. 264) “O extermínio se aplica a seres humanos que, para todas as finalidades práticas, já estão ‘mortos’”. E é neste sentido de já estar morto, alinhando o tema do humano com o envelhecimento da morte de Rilke, que temos que nos perguntar o que significa já estar morto, assim como é possível produzir esta morte em vida²¹³. O primeiro ponto trazido por Arendt é a pretensão de fazer com que o prisioneiro desaparecesse da Terra, no sentido mais profundo, ou seja, não é apenas a morte, não é apenas a desqualificação da morte, mas a pretensão de negar *qualquer vivência*, mesmo anterior ao campo. A destruição não é somente física, mas objetiva criar um mundo em que as *vítimas nunca existiram*.

Para isso, não bastam atos considerados de selvageria (ainda que tecnicamente pensados) que sempre são retratados nos filmes (tão em voga), mas se iniciam com expedientes jurídicos, os quais em sua assepsia mostraram que reduzir um indivíduo, um povo, à condição de indesejável pode ser mais fácil e limpo do que imaginado. Assim, para Arendt, há três momentos na busca do governo totalitário de dominação total do homem, ou em outro termo, desintegração total da personalidade: i- prisão arbitrária: que destrói a pessoa moral do homem, ii- a separação do mundo nos campos de concentração: busca destruir a pessoa moral, e por fim, iii- a destruição da própria individualidade, o que é alcançado pela permanência e institucionalização da tortura. A aqui, novamente, lembro da importância das desnacionalizações para este processo.

Para além dos trabalhos forçados, da privação de alimentação e de descanso, a tentativa de destruição do humano atinge até as capilaridades no campo: comer sem talheres (que, entretanto, havia em abundância), proibir o uso de lenço, referir-se aos cadáveres como *figuren*²¹⁴, nomear os internos como “presos” (e não “homens”), trabalhar sem sentido (como carregar pedras para um lado para depois trazer de volta ao início), ser tratado pelo número e nunca pelo nome, entre tantos outros.

²¹² Na mitologia grega a Górgona é a figura cuja visão de seus olhos transforma o indivíduo em pedra. Agamben aponta que não havia imagens da Górgona, pois que era uma figura irrepresentável. Neste sentido considerar os muçulmanos como os “que viram a Górgona e voltaram” significa mais do que dizer que estiveram muito próximos da morte. Significa que eles viram o que não é possível falar, eles presenciaram mais do que é possível dizer, talvez mais do que seja possível viver. E aí reside a dificuldade/impossibilidade de testemunhar sobre o intestemunhável, de dizer ao mundo o que ele não quer e não pode entender.

²¹³ Embora um exemplo simples cito a pena da “morte civil” existente em alguns ordenamentos. Esta pena consistia na declaração da morte, apesar de estar vivo. Com isso perdiam-se os direitos civis e tornava o penalizado um morto em vida. Sobre esta curiosa figura jurídica indico a matéria “O Poder Judiciário e a Anistia para 1935”. Disponível em <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2009/12/o-poder-judiciario-e-anistia-para-1935.html>>. Acesso em 09 dez. 2009.

²¹⁴ Se em vida os internos eram tratados por números, tatuados em sua pele de modo que nunca poderiam esquecer que não tinham mais nome; na morte eram figuras, empilhadas e esquecidas.

Sobre a existência no campo, Levi descreve uma zona cinza, ou seja, um espaço em que as confortáveis definições cromáticas e morais de branco e preto não se aplicam, e o que resta, seja perante a ética, ou o direito, é incerto. Isto significa que não há uma divisão cinematográfica entre bandidos e mocinhos, os internos muitas vezes internalizavam os valores nazistas e os ajudavam, ou prestavam serviços pela maior chance de sobreviver, agrediam outros internos com os quais se esperaria que se solidarizassem (isto também ocorre pela diversidade de grupos internados: participantes da resistência, comunistas, judeus, homossexuais, religiosos, etc).

Bruno Bettelheim foi preso em campos de concentração para prisioneiros políticos de 1938 à 1939, e utilizando-se de sua formação em psicologia elaborou reflexões acerca da situação enfrentada pelos internos nos campos, entretanto ultrapassou o limite espaço-temporal e ampliou as análises para tratar de situações extremas. Para Bettelheim²¹⁷, o campo promove uma cultura de massas, no sentido de destruir as individualidades com recursos pensados para quebrar a resistência dos prisioneiros com maior eficiência. E para este fim vários mecanismos são utilizados, como a impossibilidade de existência de heróis e mártires no campo²¹⁸. Nesta redução do interno à um ser sem espontaneidade, há processos bastante paradoxais, como o dos internos que assimilam os valores nazistas, ou então a infantilização dos presos.

Mas a existência de uma zona cinza, ou em termos agambenianos, limiar, não deve levar a uma relativização da responsabilidade, de considerar como todos (internos e nazistas) como iguais (neste sentido a crítica de Levi do comentário da diretora Liliana Cavani, para quem “somos todos vítimas ou assassinos e aceitamos estes papéis voluntariamente. Só Sade e Dostoiévski compreenderam isto bem (...). que em todo ambiente, em todo ambiente, em toda relação, há uma dinâmica vítima-carrasco mais ou menos claramente expressa e geralmente vivida em nível não consciente”) (LEVI, 2004, p. 41).

²¹⁷ Bettelheim está no cerne da dificuldade do testemunho pois viveu a situação extrema, viveu o campo de concentração e sofreu um processo de adaptação. Mas, além disso, como psicólogo teve a oportunidade de perceber na situação concreta a possibilidade de construir uma teoria. No cruzamento destas duas figuras em uma única pessoa (o sobrevivente e o cientista que analisa as condições de sobrevivência) há a necessidade de firmar a posição pendendo para a análise científica. Isto explica a utilização maciça da terceira pessoa como “O autor acha que o campo de concentração tem uma importância que vai muito além do fato de ser um lugar onde a Gestapo vinga-se de seus inimigos (...)”. BETTELHEIM, 1989, p. 83.

²¹⁸ Como as punições não eram dadas somente àquele que infringia as regras do campo, mas a todos os seus companheiros, no caso de algum prisioneiro tentar se rebelar, todos sofreriam punições, de modo que o grupo impedia qualquer tipo de contestação, o que impedia a possibilidade de existência de um líder.

Se a primeira vista, ao trazer a experiência nazista, pode parecer distante estabelecer o campo como paradigma político, a tentativa de desumanização de alguns grupos considerados como inimigos da população permanece, ainda que, em termos mais brandos. O uso de metáforas que induzem à desconsideração de tais grupos como interlocutores mantém-se: seja através do “eixo do mal”, dos migrantes ilegais, até as metáforas hídricas de “fluxo de migrantes” propagando uma imagem de invasão dos bárbaros. É sobre o uso político moderno de tais expedientes que passo a tratar.

3.3.3 Guantánamo: buraco negro de definições e de vidas

A existência de uma “prisão” em Guantánamo com o objetivo de prender os supostos terroristas capturados pelos americanos é fato bem conhecido e objeto de várias reportagens e a análises de seu significado.

Guantánamo é uma base naval norte-americana em Cuba, cuja utilização iniciou-se em 1896, e recentemente, mais especificamente depois dos atentados de 11 de setembro, adquiriu uma nova função: a de reclusão de suspeitos de terrorismo, os chamados inimigos combatentes. O que torna o estudo de Guantánamo necessário é o fato de simbolizar o que para alguns²¹⁹ é uma nova ordem jurídica, ou simplesmente a ausência deliberada de uma ordem jurídica.

No momento posterior aos ataques de 11 de setembro, o Congresso norte-americano aprovou algumas autorizações para prevenir atentados terroristas, o que incluía autorização para ataque dos considerados suspeitos. Em 13 de novembro de 2001 foi aprovada a ordem executiva sobre “Detenção, tratamento e julgamento de certos estrangeiros na guerra contra o terrorismo”, a qual autorizava o Pentágono a manter cidadãos não nacionais sob custódia indefinida e sem encargos; proibiu-se a interposição de recursos perante tribunais estadunidenses, estrangeiros ou internacionais; e estabeleceu que, em caso de julgamento, este realizar-se-ia no âmbito das comissões militares nomeadas pelo Executivo, ao invés dos tribunais judiciais. No fim de dezembro de 2001, em um memorando enviado pelo Departamento de Justiça ao Pentágono, recomendou-se que, pelo fato de a base naval da Baía de Guantánamo não ser território soberano estadunidense, os tribunais federais não sejam autorizados a examinar e julgar as petições de *habeas corpus* apresentadas por “estrangeiros inimigos” detidos em tal base (GÓMEZ, 2008, p. 271).

²¹⁹ Como exemplo: FOLEY, 2007.

Embora o sistema que gerou Guantánamo seja complexo – pois a base é apenas a parte mais visível de um sistema que inclui vôos secretos²²⁰, uso de tortura para forçar confissões, tribunais militares e erosão de garantias penais mínimas – o que me interessa neste momento é perceber como Guantánamo cria uma ficção de desterritorialização para que não se enquadre em nenhum sistema legal, ao mesmo tempo em que se luta arduamente para conferir um grau de legalidade aos atos que destroem as garantias de uma ordem jurídica moderna.

Isto porque, ao recusar a aplicação de leis norte-americanas em um espaço controlado pelos Estados Unidos, não se oferece alternativa alguma – a lei cubana não pode ser aplicada porque a base pertence aos EUA, a lei americana também não pelo fato da base não estar *nos* Estados Unidos, apesar de ser território norte-americano, e a lei internacional muito menos (mesmo as Convenções de Genebra, aplicadas em tempo de guerra pois não é uma guerra). Ou seja, Guantánamo é uma espécie de limbo legal, o que reflete na qualificação (ou falta de) daqueles que estão internados²²¹. Novamente as palavras de Agamben (2007, p. 14-15), “a novidade da “ordem” do presidente Bush está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável. Os talibãs²²² capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW [prisioneiro

²²⁰ Vôos secretos é um eufemismo que designa um determinado método norte-americano de seqüestro de pessoas consideradas suspeitas. Para não utilizar métodos legais – como extradição, por exemplo – as pessoas são seqüestradas e retidas em locais controlados pelos EUA em outros países. Tais vôos secretos têm a conivência de vários países que permitem que transitem por seus espaços aéreos. Outros dados disponíveis em GÓMEZ, 2008.

²²¹ Ainda que a maior parte dos detidos sejam estrangeiros, e com isso ainda mais à margem do ordenamento, o caso *Hamdi v. Rumsfeld* (2004) colocou em questão o tratamento dado também à cidadãos norte-americanos em Guantánamo. Neste caso a Suprema Corte decidiu que a *Authorization for Use of Military Force (AUMF)*, aprovado pelo Congresso concedeu, dentre outros, poderes de prisão de combatentes inimigos no Afeganistão, ainda que americanos. A decisão não enfrenta a questão de conceituação de combatentes inimigos. Um dos principais tópicos da sentença é o fato de refutarem o argumento do autor de que pelas características do conflito a detenção ocorreria por prazo indeterminado a decisão foi de que o sentido principal da detenção seria o afastamento de um soldado de forças inimigas, neutralizando-o, e não a aplicação de punição. TAVARES, 2008, p. 96. Ou seja, o modelo de *nulla poena sine legge* encontra-se seriamente ameaçado em um modelo no qual se pretende a exclusão pura e simples, e não a retribuição de algum crime. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 542 U.S. 507. *Hamdi v. Rumsfeld*, 2004. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-6696.ZS.html>>. Acesso em 16 dez. 2009.

²²² Fazendo uma pequena correção, Guantánamo abriga pessoas das mais diferentes nacionalidades, especialmente pelo sistema de captura, no qual havia uma recompensa pela entrega de pessoas “suspeitas”. Assim houve entrega de várias pessoas que não sabiam nem o motivo da prisão. Segundo GÓMEZ, 2008, p. 268 “desde janeiro de 2002, 775 pessoas, de mais de trinta nacionalidades procedentes de cerca de dez países (Afeganistão, Bósnia-Herzegovina, Egito, Emirados Árabes Unidos, Gâmbia, Indonésia, Mauritânia, Paquistão, Tailândia e Zâmbia), permaneceram detidas na base militar estadunidense da Baía de Guantánamo, sem acusações formais, sem julgamento justo e sob condições cruéis e desumanas de confinamento”. Sobre esta questão direciono ao documentário “Taxi para a Escuridão” (2007) cujo argumento parte da morte de um taxista afegão enquanto estava sob custódia norte-americana na prisão de Bagram para mostrar como as decisões norte-americanas de “interpretação de estatutos legais sob a ótica da emergência” acabou por legitimar e criar uma situação de uso constante de torturas e violações aos direitos humanos e humanitários seja em Guantánamo, sejam nas prisões em outros países. O local onde as violações ocorrem é de extrema importância para pensar uma questão política que pode ser traduzida como o “problema das mãos sujas” (*the problem of dirty hands*) que

de guerra] de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros, nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário. A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus no *Lager* nazistas: juntamente com a cidadania, haviam perdido toda identidade jurídica, mas conservavam pelo menos a identidade de judeus. Como Judith Butler mostrou claramente, no *detainee* de Guantánamo a vida nua atinge sua máxima indeterminação.”

Ou seja, uma vez em Guantánamo perde-se toda referência do mundo, e com isso de humanidade, e que isto seja feito por intermédio de um conceito técnico, inimigo combatente, é uma das partes fundamentais deste processo. Não porque falem suprimientos de subsistência, mas porque o objetivo deste espaço que não pertence a lugar algum é trazer como única referência uma pura vida. Por isso não é necessário nenhuma qualificação, ou estar sob alguma referência legal, pois a apreensão é justamente pela vida biológica, daí o desprezo pelas tradições dos detentos, pela linguagem²²³ e de forma mais ampla, pela vida precedente (incluído o suposto crime, pois a falta de apresentação de acusações não deixa de ser paradoxal no caso de pessoas que foram detidas justamente por serem acusadas de terrorismo, crime extremo e de grandes repercussões²²⁴).

Se com a eleição do presidente norte-americano Barack Obama alguns destes aspectos já tenham mudado, ou estejam em vias de mudança, a questão principal ainda permanece: um espaço artificialmente colocado fora do espaço do direito, como que pairando sobre o mundo. Isto pode ser visto na recusa de alguns países em aceitarem o envio de ex-detentos da base,

resume o seguinte dilema: se algo ilegal deve ser feito em prol de um fim maior (como a salvação da nação) quem deve sujar as mãos para fazê-lo? Nenhuma das possíveis respostas parece ser adequada pois se i) um agente governamental comete o ato ilegal em território nacional pode minar a crença no direito, ou, ii) “delega-se a países com padrões morais e jurídicos mais flexíveis” o cometimento do ato ilegal usa-se um expediente hipócrita que no fim também questiona o direito. Esta parece ser uma daquelas questões que o mero fato de ser formulada mostra que algo não está muito bem em termos de força do direito e assunção da moralidade como fator de justificação.

²²³ Note-se que a grande variedade de nacionalidades dos detentos traz consigo várias línguas faladas, o que não é contemplado pelo campo, haja vista a dificuldade inclusive de intérpretes fazerem a mediação. Mas o desrespeito às tradições dos detentos é visível também pela forma como são usadas em torturas psicológicas elementos estranhos às suas concepções (inclusive religiosas), como interrogadoras que adotam posturas ofensivas em relação aos interrogados. Sobre esta questão: LE MONDE, “Avocat dans l'enfer de Guantánamo”. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/old-horizons/article/2006/11/14/avocat-dans-l-enfer-de-guantanamo_834304_3230.html>. Acesso em 14 dez. 2009.

²²⁴ Este é um dos paradoxos análogos aos descritos por Arendt ao descrever a situação dos campos: a falta de um objetivo definido. Se nos campos não havia um fim econômico, ao contrário, do ponto de vista econômico era fadado ao fracasso; Guantánamo, em nome de uma preocupação exacerbada com a segurança (é assim que o não respeito às leis é justificado) pode dificultar o próprio serviço de segurança, pois ao concentrar os esforços nos “falsos positivos” perde-se tempo necessário para desenvolver uma pesquisa séria. Sobre o assunto consultar: FOLEY, 2007.

mesmo quando não passaram por julgamentos. Ou seja, além de estar fora do mundo *em* Guantánamo, esta deslocalização permanece *depois* da libertação – a qual, em geral, ocorre anos depois da prisão.

Expediente muito similar, e sem tanta repercussão, tem sido utilizado nas políticas públicas de combate à imigração dita ilegal²²⁵ através dos campos de migrantes²²⁶. Por este nome são incluídos diferentes tipos de espaços tanto de recepção de migrantes quanto de espera antes de serem deportados (como já enfatizado os campos de migrantes têm arranjos institucionais distintos dependendo do país e do objetivo declarado, entretanto todos compartilham a política de fortalecimento de uma fronteira seletiva).

3.3.4 Campos para migrantes ou “As águas é que são felizes, não têm que ter visto pra entrar no país”²²⁸

Neste ponto passo a discorrer sobre alguns expedientes utilizados pelos países desenvolvidos – ou no caso da União Européia, por blocos econômicos – para barrar o ingresso de pessoas. Expedientes como campos para/de migrantes mostram que, de fato, estamos em um momento excepcional que se tornou a regra. Isto porque mesmo garantias historicamente conquistadas, como, por exemplo, o direito ao refúgio, esfumaçaram-se e

²²⁵ A imigração, em si, não pode ser considerada ilegal porque não traz em si um crime. O que é comumente nomeado como ilegal deve ser substituído pelo termo correto, qual seja, imigração irregular (pois deixa de cumprir os requisitos adotados pelo país de recepção), outra possibilidade é o uso do termo “migrantes indocumentados” pois são migrantes que não portam os documentos definidos como necessários. Como nenhum discurso é neutro, podemos facilmente verificar como o uso corrente do termo ilegal acaba por criar uma visão de marginalidade em relação aos migrantes, e podemos verificar que mesmo os que utilizam o termo se são conta da impropriedade pelo anúncio do primeiro ministro italiano Silvio Berlusconi de criminalizar a imigração irregular com penas carcerárias, inclusive. Ora, se existe uma proposta de criminalização (por mais questionável que seja, como de fato o é), significa que não há um crime, pois um dos princípios básicos do direito penal é o que prevê que não há crime sem lei anterior que o defina. Algumas medidas tomadas na Itália para barrar a imigração estão disponíveis em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2407200810.htm>>. Também é comumente usada expressão imigrante clandestino, nome da música de Manu Chao, cujo refrão pode ser traduzido como “Me chamam clandestino, por não levar papel, a uma cidade do norte fui para trabalhar, minha vida deixei entre Celta e Gibraltar”.

²²⁶ Embora cientes das diferenças entre os tipos de campos (como apontado acima), trataremos tais espaço de maneira genérica como campos de estrangeiros ou campo de migrantes. Consulta das diferenças pode ser feita em <www.migreurop.org>.

²²⁸ Parte da música do “Estamos Adorando Tóquio” do Karnak. O refrão é: “Tu é peruano entrou pelo cano/Cadê a muamba não pode passar/Tu é iugoslavo não tem um centavo/E ainda quer visto para o Canadá/As águas é que são felizes/Não tem que ter visto para entrar no país/Porque fui nascer na Romênia/Se o meu grande amor ainda vive em Paris”.

encontram-se em um espaço em que parecem não mais existir, por mais que proliferem os tratados internacionais de direitos humanos.

Os campos para estrangeiros funcionam em uma lógica de (re)definição das fronteiras, e, com isto, criam-se algumas ficções para garantir que espaços internos aos países sejam consideradas “áreas internacionais”²²⁹ e, assim, tornam-se um espaço de pura anomia. Ou, em um sentido inverso, expandem-se as fronteiras para que o bloqueio aos migrantes não “selecionáveis” seja feito antes da chegada ao país receptor, e muitas vezes antes mesmo de sair de seu país^{230 231}, em um processo de externalização das fronteiras²³². O papel dos campos nesta (re)definição é expresso por Federico Rahola (2008, s/p, grifos meus): “O sistema de detenção, entretanto, parece ser de fato bastante consistente e coerente. Tal sistema **reflete e reproduz a redefinição atual que envolve a noção de fronteira**, e particularmente o papel crucial estabelecido pelas fronteiras no contexto dos movimentos migratórios: uma **redefinição que engloba tanto o deslocamento e a externalização das fronteiras, em uma**

²²⁹ Além do que ocorre nos aeroportos internacionais, que só se considera dentro do país depois de passar pelos procedimentos de admissão, o que torna, virtualmente, que antes de passar por tais procedimentos os migrantes estejam em um espaço internacional de nenhum homem (*international no-man's land*). Além disso, podemos citar como exemplo a “redefinição” feita pelo governo australiano, que considerou que alguns territórios de ilhas, para fins de imigração, não pertencem à Austrália. Ou seja, os solicitantes de asilo que estiverem em tais territórios não são abrangidos pelo sistema de proteção australiano. CRÉPEAU; NAKACHE, 2006. Outro exemplo é a recusa do governo italiano de cumprir tratado internacional acerca de água internacionais e resgatar pessoas que estejam em alto-mar. Ver DAL LAGO, 2004.

²³⁰ O instrumento mais eficaz para exercer este controle fora das fronteiras dos países receptores são os campos de estrangeiros localizados em regiões de onde comumente saem, como é o caso típico do norte da África (caminho intermediário para chegar à Europa). Isto pode ser verificado no mapa dos campos elaborado pela rede Migreurop. Disponível em: <www.migreurop.org>. Neste sentido, também se indica para consulta a matéria do Le Monde Diplomatique Brasil sobre campos na Mauritânia e que tem o interessante título de “Na Mauritânia, uma ‘Guantánamo’ européia”. Disponível em: <<http://dipl.uol.com.br/2008-09,a2606>>.

²³¹ A modificação das fronteiras ocorre também pela administrativização do controle. Refiro-me, aqui, especificamente à responsabilidade dos transportadores (especialmente as companhias aéreas) no controle. Isto porque pelo acordo de Schengen foram criadas multas para as empresas aéreas que transportam pessoas que não seguem as regras de ingresso. A sanção contra transportadores também ocorre no Canadá, onde de acordo com o *Immigration and Refugee Protection Act* as empresas pagam uma taxa por pessoa que não portar os documentos solicitados, enquanto que as empresas com “bom desempenho” pagam taxas administrativas reduzidas. Ou seja, se um solicitante de asilo não tiver os documentos padrão não terá nem a chance de fazer a solicitação pois possivelmente não poderá nem embarcar. Ver: CRÉPEAU; NAKACHE, 2006, p. 12-13.

²³² A criação destes espaços fora da Europa passa por um processo político apontado como prioritário e que conta com o consenso de representantes de diversos países. Em fevereiro de 2003, Tony Blair propôs a criação de “zonas seguras” fora das fronteiras da União Européia, onde os demandantes de asilo seriam fechados apelo tempo de verificação de seu pedido. Em 21 de julho de 2004 Otto Schily, ministro de interior alemão, propõe a criação pela UE na África do Norte de centros fechados onde instruir as demandas de asilo de migrantes a caminho da Europa, entretanto o assunto não tem seguimento. Até que Schily e Giuseppe Pisanu, ministro do interior italiano, lançam a idéia de instalar os campos na Líbia e no Marrocos. Este projeto é apresentado em algumas ocasiões oficiais. Por motivos diplomáticos não são chamados de campos mas de “portais”, “pontos de contato”, “cooperação ativa com o país de origem”, “sistema de proteção no país de origem” e “reforço da capacidade de acolhimento”. Saint-Saëns, Isabelle. Des camps en Europe aux camps de l’Europe. Disponível em <<http://multitudes.samizdat.net>>. Acesso em 03 dez. 2009. O resultado da criação de campos em espaço fora da Europa é comemorado em termos quantitativo como expressa o título desta matéria: “Líbia diz que imigração ilegal para Itália foi reduzida em 90%: UE ofereceu 20 milhões de Euros para que a Líbia ajudasse o continente a conter imigração ilegal”. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,libia-diz-que-imigracao-ilegal-para-italia-foi-reduzida-em-90,463626,0.htm>>. Acesso em 11 dez. 2009.

função preventiva, e a sua reflexão/refração no espaço, como linhas imateriais que definem diferencialmente as pessoas que as cruzam (desta forma ratificando diferenças radicais de status dentro de uma população de um determinado território). Os campos, sob este ponto de vista, são de certo modo a **forma re-territorializada de fronteiras desterritorializadas**, os locais materiais sob os quais o peso das fronteiras deslocalizadas do tempo atual se encerram de forma precipitada, desta forma encontrando uma declinação material e localizada. Por esta razão, acredito, por **materializarem os efeitos de fronteiras cada vez mais desterritorializadas, os campos assumem um papel chave no governo da mobilidade humana.**”

Isto significa que a estratégia de uso de campos na definição de políticas migratórias não é um fato excepcional, ou que tende a ser substituído, mas ao contrário, é a normalidade. Se Arendt já havia demonstrado como o campo era a única opção que o mundo tinha a oferecer aos refugiados e apátridas²³³, isto não mudou significativamente, ao contrário, tem se estendido a ponto de ser um dos tópicos de discussão do novo instrumento legislativo aprovado pela União Européia com o nome de Diretiva de Retorno que entre seus itens está a definição de um tempo máximo de permanência nos campos²³⁴.

O campo de estrangeiros por mais que tenha características comuns com prisões – como a vigilância contínua e os altos muros – a lógica que orienta seu funcionamento não é a de disciplinar, mas a de separar e gerir o fluxo migratório. Isto porque os campos estão presentes em vários países, mas não conseguem abarcar todas as pessoas que buscam ingressar em determinado país e, assim, servem para excluir física e simbolicamente os que estão lá. Na medida em que um grupo *pode* ser mantido é porque *deve* ficar lá.

Outra função do campo de estrangeiros é mostrar aos estrangeiros que já estão no país que não cumprir as regras – especialmente a da invisibilidade, ou seja, podem ser mão-de-obra, mas não serem percebidos nos espaços sociais – pode tornar possível seu internamento nos campos. A militarização da questão migratória é feita ligando os migrantes aos riscos –

²³³ “(...) o campo de internamento tornava-se único substituto prático de uma pátria. De fato, desde os anos 30 esse era o único território que o mundo tinha a oferecer aos apátridas” ARENDT, 2004, p.318.

²³⁴ Os períodos máximos de custódia nos Estados-membros eram: França e Ciprus: 32 dias, Itália: 60 dias, Espanha: 40 dias, Irlanda: 8 semanas, Portugal: 60 dias. Grécia e 3 meses, Eslovênia, Eslováquia, República Tcheca, Hungria: 6 meses e Romênia: 6 meses; Bélgica 8 meses; Áustria: 10 meses; Polónia: 12 meses; Malta e Alemanha: 18 meses; Duração ilimitada: Dinamarca, Estônia, Finlândia, Lituânia, Holanda, Reino Unido, Suíça.). Gorski, Héctor C. Silveira; Fernández, Cristina; Manavella, Alejandra. “A right-based approach to migration policies in a context of emergencies: Expelling States” and semi-persons in the European Union”. Disponível em: <<http://www.libertysecurity.org>>. Acesso em 03 dez. 2009, e; “Parlamento Europeu vota sobre a directiva do retorno”, disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IM-PRESS&reference=20080603BRI30699&secondRef=ITEM-001-PT&language=PT>>. Acesso em: 11 dez. 2009. A Diretiva de Retorno contempla a possibilidade de detenção de até 6 meses do migrantes extensível por mais 12, o que deve levar a um aumento do período de detenção nas legislações nacionais que adotavam períodos menores.

sejam sociais, econômicos e em casos mais extremos, terroristas – de forma que é apresentado o uso militar como uma proteção da pátria, e até mesmo da civilização. Até o momento ninguém se mostrou tão hábil em manipular este tipo de discurso como o já citado Primeiro Ministro italiano, Silvio Berlusconi. Ao apresentar os migrantes como a face do “exército do mal” e conclamar os cidadãos italianos a se tornarem o “exército do bem”²³⁵ que deve fiscalizar e combater os primeiros, mostra de maneira clara o que outros países preferem camuflar: os migrantes são a população supérflua a que Arendt aludia, e por este motivo o mundo só tem o campo a lhes oferecer.

O que os campos representam é mais do que a simples exclusão dos migrantes, eles mostram que a fronteira é seletiva, e que para os que não passam pelos critérios escolhidos o discurso não é de direitos humanos, mas o militar.

O uso de campos na questão migratória pode ser vista pelo menos desde a década de 70 na França, com a *zone d'attente* localizado no porto de Marseille, o qual não era amparado por lei, mas por procedimentos de fato, sendo usado pelos policiais para o internamento de migrantes. As *zone d'attente* foram legalizadas em 1992 por um governo socialista (emenda Marchand). Na Itália, as CPT foram instituídas por um governo de centro-esquerda – lei Turco-Napolitano de 1998, e o funcionamento foi regulado pela lei Bossi-Fini de 2002 (SAINT-SÄENS, 2004). Ou seja, por mais que o discurso xenófobo seja mais explícito em governos conservadores, ele perpassa as diversas correntes ideológicas, produzindo uma agregação através da exclusão deste estranho, em uma manifestação do amigo-inimigo.

Os campos mostram que não há um outro lado, não há um país que recepcione os demandantes (de asilo ou de ingresso), tanto que para muitos a única experiência de “acesso” ao país é quando estão nas rodovias que os levam às audiências para definir se serão expulsos ou não. Ou seja, o único ponto país que os recebe é artificialmente um não país. Chowra Makaremi apresenta um exemplo chocante do como o movimento pelo mundo não se reflete na possibilidade de ingresso: “Dharar é um solicitante de asilo somali cuja solicitação de admissão no território por motivos de asilo foi rechaçada, especialmente porque ainda que viajassem com um visto regular, tinha um passaporte queniano com seu nome falsificado. A polícia confiscou estes documentos quando Dharar foi preso em Roissy em 4 de maio. Expulsaram Dharar pela primeira vez em 13 de maio até o lugar onde seu avião tinha feito escala: Zurique. Suíça negou a entrada a este viajante sem identidade, que foi devolvido ao seu lugar de procedência, Nairóbi, em 14 de maio. Quênia também negou a entrada a este homem que não reconhece como um de seus residentes. Depois da segunda tentativa,

²³⁵ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u392331.shtml>>.

embarcaram o solicitante de asilo somali em um vôo Paris-Zurique-Nairóbi em 15 de maio : os países afetados se negaram a deixar descer do avião este passageiro sem identificação. Durante as 72 horas seguintes, Dharar foi detido e posto sob vigilância com escolta, algemado e tudo isto sem possibilidade de deitar-se. Depois de ter percorrido 27.113 km em três dias, estava de novo na zona de espera” (MAKAREMI, 2008, s/p, tradução livre). Ou seja, a liberdade de movimentação, a mobilidade defendida aplicam-se somente à algumas pessoas e aos produtos. Outras pessoas só se movem se comparadas aos produtos, e por isso não deixa de ser irônico que muitas se escondam em contêineres para ter acesso a algum país, pois como pessoas não podem ingressar, e já como produtos têm trânsito (quase) livre. Se Dharar percorreu tantos quilômetros em tão pouco tempo isso não é porque ele pode se mover pelo mundo, mas porque não tem lugar em lugar algum, com exceção da zona de espera, que sempre está disponível para “acolhida”.

O fato dos campos terem se tornado paradigma da política não diz respeito ao fato dos campos abrangerem todas as pessoas, pois por mais que existam os campos de estrangeiros, a grande maioria dos viajantes não tem sequer contato com este espaço. O fato significativo é que, simbolicamente, qualquer um pode ser privado de direitos e transformado em mera vida nua. Isto significa que a herança dos campos nazistas (e também dos campos soviéticos) permanece em pleno funcionamento e alterou significativamente a esfera política de forma a incluir em seu cerne a exceção, tida tradicionalmente como externa ao ordenamento.

3.4 LIMIAR

O estrangeiro é um deslocado. Não só de seu país, de suas heranças, mas do sistema que torna possível que algo como um país exista. Este deslocamento pode ser apreendido em um espaço onde não há espaço, os campos, em que a exclusão atinge o seu auge. Mas o estrangeiro também pode ser o turista, aquele que visita compulsivamente museus no mundo. Mesmo o turista, no conforto do seu deslocamento, tem sobre si o medo simbólico e real do personagem kafkiano: a porta está sempre aberta, porém não é possível entrar, são os documentos, os carimbos, o guarda, o dinheiro, enfim.

Em um mundo em que as pessoas estão em constante movimento na procura de algo que se pareça com um lar, com um laço ou uma raiz, não há espaço de acolhida. Neste tempo em que os produtos viajam quase à velocidade da luz para que estejam à disposição do consumo de itens exóticos, as pessoas se escondem em containers, barcos precários e caminhões na esperança à disposição de uma nova vida..

Entretanto, nesta diáspora pós-colonial, pós-Muro de Berlim, enfim, pós-rótulos só resta o campo como mecanismo de recepção – e não deixa de ser irônico que dentre os eufemismos usados para nomear os campos esteja como “centres d’accueil”, centros de acolhida – e integração, justamente através da exclusão.

O campo marca na pele exclusão, ou melhor, a possibilidade da inclusão somente na medida da exclusão.

O que este tempo e espaço (de uma dissertação de mestrado) tem a dizer, em tantas vozes quantas as existentes depois da queda de Babel, é que se acomodar em categorias jurídicas e políticas dadas, sem questioná-las a exaustão, implica em compactuar com uma máquina que avança incessantemente rumo à vida nua. É a partir da exceção como regra, que devemos duvidar dos significados prontos de soberania, cidadania, direito, lei, aplicabilidade e, campos. Assim, ver o estrangeiro, o demandante de asilo, o demandante de uma possibilidade de vida não como uma “massa” ou um “fluxo” mas como pessoas que insistentemente nos lembram da precariedade da constituição do Estado-nação é uma tarefa política – e por que não ética? – imperativa de nosso tempo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta história acontece em estado de emergência e de calamidade pública.

Clarice Lispector, *A Hora da Estrela*.

Nesta dissertação tive como um dos objetivos principais trabalhar com categorias do direito a partir da exceção ao direito. Isto significa escolher olhar para o direito a partir de suas margens, do limiar entre pertencimento e exclusão, do espaço ambíguo em que não se sabe se o que está à frente é o direito, um não-direito, ou simplesmente a vida apropriada pelo poder, e por consequência, pelo direito. Ao eleger como norte lidar com as ambigüidades inerentes à formação e funcionamento do direito, também esta história foi construída a partir da emergência e da calamidade, mas cujo nome é, especificamente, estado de exceção. Mas também a deslocalização, a indecisão, o limbo, todos inscritos na tarefa de pensar a partir do extremo, para desvelar os fundamentos do direito que, em tempos “normais” permanecem escondidos pelo véu das ficções jurídicas.

Construir uma narrativa a partir da exceção, e do estado de exceção, significa que o olhar para o direito é de certa maneira um olhar estrangeiro, um olhar que tem por premissa o questionamento não só do direito, mas de seus limites, no sentido de início e no sentido de término, ou seja, de sua topologia.

Neste percurso de um estranhamento alçado à premissa e fio que perpassa toda a dissertação, comecei por mostrar a figura do externo ao direito no direito constitucional. Isto para compreender como a teoria constitucional inclui a exceção e joga com o binômio “exceção – regra” para garantir o funcionamento desta a despeito daquela. Esta postura de inclusão tem por consequência a manutenção da ficção de regulação de todas as situações, ainda que as não previstas no direito, ou melhor, previstas, ainda que como cláusulas gerais que expressam a impossibilidade de previsão. Por outro lado, apesar da tentativa de controlar a exceção e considerá-la como um reforço da aplicabilidade da regra, a contenção da exceção esbarra em algumas questões, derivadas de uma maior: a impossibilidade de controlar o que se ultrapassa o controle. Assim, se no direito constitucional e infra-constitucional há uma série de previsões que pretendem garantir a excepcionalidade das medidas excepcionais (o que não é uma redundância), os exemplos históricos mostram que a tendência é, que uma vez

invocadas, as figuras excepcionais se espalhem no tempo e no espaço, de modo a romper as frágeis amarras e fazerem-se presentes no direito “normal”.

Se no âmbito constitucional a exceção no direito não é devidamente compreendida, como frisa Agamben, a questão foi deslocada para a filosofia política e do direito, colocando a questão de como é possível pensar a exceção, não mais no direito, mas ao próprio direito.

É neste contexto em que se pode falar do estado de exceção e não somente de exceção. Estado de exceção, conforme compreendido por Giorgio Agamben na esteira de Carl Schmitt e Walter Benjamin, não é distinto da exceção pela maior aplicação ou mesmo porque mostra que o direito não pode abarcar o que lhe é externo. O estado de exceção lida com a constituição do direito e da soberania. De forma que se na primeira abordagem (da teoria constitucional) trata-se de pensar “a regra *apesar* da exceção”, para Schmitt é a “exceção que torna possível a regra”. Mas a alteração mais significativa desta equação ocorre com Benjamin, para quem “a exceção *é* a regra”. Agamben parte desta herança para, concordando com Benjamin, mudar sutilmente a relação, para considerar que não só a exceção é a regra, como também que a “exceção é o *paradigma* de governo”.

Esta inversão nos termos da relação traz luz ao caráter complexo da formação do direito, e neste sentido a parábola kafkiana “Diante da Lei” é vista por Agamben como representação do estado de exceção e de seu vazio constitutivo. O que estar diante da lei mostra é a impossibilidade de ingressar no já, desde sempre, aberto.

Considerar a exceção enquanto paradigma de nossos tempos significa esfumçar as fronteiras entre dentro e fora do direito e eleger como espaço representativo desta relação o limiar. É a figura do limiar, deste jogo entre pertencimento e exclusão que nunca se completa de maneira absoluta, que fornece a chave para pensarmos os nossos tempo e espaço. Isto porque a indistinção, marca do estado de exceção, não ocorre somente entre um dentro e um fora, mas, principalmente, entre o direito e a vida. Na exceção não se pode discernir o que é direito, e o que é mero fato, o que é direito e o que é vida. É nesta impossibilidade que a vida se apresenta como uma mera vida, uma vida nua, ou seja, uma vida apreendida nos cálculos do poder e matável. Esta apreensão é a marca da biopolítica que permeia os nossos tempos e reduz a política a preocupações com a gestão da vida, ainda que para isso seja preciso matar outras vidas, ou populações, consideradas prejudiciais.

Esta impossibilidade de traçar fronteiras abarca também a reconstrução das fronteiras geográficas modernas. Na exceção, cujo direito vigente é indiscernível com a vida, o espaço que faz este papel de reconstrução das fronteiras do Estado-nação, que como escreveu Hannah Arendt, está em crise, é o campo de estrangeiros, em suas diversas configurações.

O campo é a tentativa de dar um espaço à exceção, é o espaço onde a indistinção entre lei e vida atinge seu ápice. Ainda que haja uma tentativa de negar a designação de campo, em uma campanha eufemística, é imperativo o reconhecimento dos espaços de recolhimento na Europa e países fronteiriços – especialmente no norte da África – de exclusão seletiva, através da negação dos direitos mais básicos aos ali detidos.

É a ligação entre exceção, vida nua, biopolítica, estrangeiros e campos que perpassou todo o trabalho como um eixo condutor da dissertação, e que termina menos com respostas acabadas e mais com as dúvidas que norteiam não só a pesquisa, mas a vida. Isto porque se “toda obra pode ser considerada como o prólogo de uma jamais escrita, que permanece como tal, pois, relativamente a ela, as obras sucessivas (...) não representam mais do que estilhas ou máscaras mortuárias” (AGAMBEN, 2008b, p. 09), esta, também, permanece como uma impossibilidade de trazer à tona o que a move, o que (me) (nos) move. Mas nesta impossibilidade (dentre tantas que existentes) impele a pensar a vida, não só como objeto de controle, mas, principalmente, como potencialidade. Isto porque, ela, a vida, mesmo que perpassada por poderes que a tomam, ainda assim, ainda que controlada, subsiste. É na fraqueza dos fracos que está a resistência. Se no começo do trabalho foi feito através de Samuel Beckett com “Esperando Godot”, e seus andarilhos maltrapilhos, no término há a imagem de Bartleby, o escrivão magro e pálido, cujo “prefiro não” é uma possibilidade de pensar a potência e a impotência, e com isso a resistência. Mas também termino com Riobaldo, filósofo do sertão, saído da cabeça de Guimarães Rosa e quem sabe que viver é muito, muito perigoso, mas também é mais: “Viver ...O senhor já sabe: viver é etcétera”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. **The Yale Law Journal**, n. 113, New Haven, 2004a, p.1029-1091.

_____. This is not a War. **The Yale Law Journal**, n. 113, New Haven, 2004b, p.1871-1907.

AGAMBEN, Giorgio. **Nudità**. Roma: Nottetempo, 2009.

_____. Che Cos'è un Paradigma? In: _____. **Signatura Rerum**: sul método. Torino: Bollati Boringhieri, 2008a.

_____. **Infância e História**: destruição da experiência e origem da história. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008b.

_____. **Estado de Exceção**: homo sacer, II, I. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007a.

_____. **Homo Sacer**. Poder soberano e vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2007b.

_____. **Profanações**. São Paulo: Boitempo, 2007c.

_____. **El Tiempo que Resta**: comentário a la carta a los Romanos. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. **Lo Que Queda de Auschwitz**: El archivo y el testigo (Homo Sacer III). Valencia: Pré-Textos, 2005.

_____. **Means without End**. Minneapolis and London: University of Minnesota Press, 2000.

_____. **A Comunidade que Vem**. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault e a Crítica do sujeito**. Curitiba: UFPR, 2001.

ARENDT, Hannah. **Compreender**: formação, exílio e totalitarismo. Ensaaios (1930-1954). São Paulo: Companhia das Letras, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008a.

_____. **A Condição Humana**. São Paulo: Forense Universitária, 2008b.

_____. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

_____. **As Origens do Totalitarismo**: Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

_____. **Compreensão e Política e Outros Ensaaios** – 1930-1954. Lisboa: Relógio d'Água, 2001.

_____. **Crises da República**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Bauru: Edipro, 2006.

_____. Analíticos Anteriores. In: _____. **Órganon**. Bauru: Edipro, 2005. p. 111-250.

_____. **A Política**. Bauru: Edipro, 1995.

ARRUDA, José Maria. Carl Schmitt : Política, Estado e Direito. In: AGUIAR, Odílio Alves; OLIVEIRA, Manfredo, SAHD, Luiz Felipes Netto de Andrade e Silva (org). **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003.

ASPE, Bernard ; COMBES, Muriel. Retour sur le camp comme paradigme biopolitique (par Bernard Aspe et Muriel Combes). In: **Multitudes**, n. 1, mar. 2000. Disponível em <<http://multitudes.samizdat.net>>. Acesso em 03 dez. 2009.

Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Étrangers (ANAFÉ). Disponível em: <<http://www.anafe.org/za.php>>

ATAK, Idil, CRÉPEAU, François, NAKACHE, Delphine. **Sécurité et Droits de la Personne au Canada et en Europe**: un déséquilibre à corriger. Disponível em : <www.irpp.org>.

BALDI, Carlo. Estado de Sítio. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 1995.

BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XIX, tomo III. Trabalhos Jurídicos: **Estado de Sítio**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Ilíquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008a.

_____. **Archipiélago de excepciones**. Buenos Aires: Katz Editores; Barcelona: Centro de Cultura Contemporânea de Barcelona, 2008b.

_____. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BENHABIB, Seyla. **Estranjeros, Residentes y Ciudadanos**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

BENJAMIN, Walter. **Obras Escolhidas: Magia e Técnica, Arte e Política**. São Paulo: Brasiliense, 1986a.

_____. Crítica da Violência: crítica do poder. In: **Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie**. Org. e apres. Willi Bolle. São Paulo, Cultrix, 1986b. p. 160-175.

_____. **Origens do Drama Barroco Alemão**. Trad e org. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1984.

_____. Pour une Critique de la Violence. In : _____. **Mythe et Violence**. Paris: Éditions Denoël, 1971.

BENTO, António. Forma de Lei, Messianismo e Estado de Exceção. In: **Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação**. Disponível em < <http://www.bocc.ubi.pt/pag/bento-antonio-lei-messianismo.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**: Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BETTELHEIM, Bruno. **Sobrevivência**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

BIBLIOTECA DA CÂMARA DE DEPUTADOS. Estado de Sítio. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais. N. 17. Julho de 1964. 193-210.

BIETLOT, Maurice. Le camp, révélateur d'une politique inquiétante de l'étranger. **Cultures & Conflits**, 57, primavera 2005, Disponível em <<http://www.conflits.org/index1763.html>>. Acesso em 14 dez 2009.

BIGNOTO, Newton. Soberania e Exceção no Pensamento de Carl Schmitt. In: **Kriterion**, Belo Horizonte, nº 118, Dez. 2008, p. 401-415.

BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror**: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BREDEKAMP, Horst ; HAUSE, Melissa Thorson; BOND, Jackson. From Walter Benjamin to Carl Schmitt, via Thomas Hobbes. **Critical Inquiry**, Vol. 25, No. 2, "Angelus Novus": Perspectives on Walter Benjamin (Winter, 1999). The University of Chicago Press. p. 247-266.

BUBER-NEUMANN, Margarete. **Milena**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

CAMUS, Albert. **L'étranger**. Paris: Éditions Gallimard, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARONE, Edgar. **A República Velha**. São Paulo: Difel, 1983.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Agamben e Derrida: a escrita da lei (sem forma)**. No prelo.

_____. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Crítica da modernidade**: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 93-107.

_____. **Before the law: philosophy and literature. The experience of that which one cannot experience**. Proquest-UMI: Ann Arbor, 2004a.

_____. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia radical In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Forum:, 2004b. p. 347-376

COJEAN, Annick. **Avocat dans l'enfer de Guantánamo**. LE MONDE. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/old-horizons/article/2006/11/14/avocat-dans-l-enfer-de-guantanamo_834304_3230.html>. Acesso em 14 dez. 2009.

CONCHIGLIA, Augusta. Des lois « patriotiques »... **Le Monde Diplomatique**. Disponível em <<http://www.monde-diplomatique.fr/2004/01/CONCHIGLIA/10995>>. Acesso em 15 set. 2009.

CORWIN, Edward S. Martial Law, Yesterday and Today. **Political Science Quarterly**, Vol. 47, No. 1 (Mar., 1932), pp. 95-104.

COSTA, Flavia. Entrevista com Giorgio Agamben. **Rev. Dep. Psicol. UFF** [online]. 2006, vol.18, n.1, pp. 131-136.

CRÉPEAU, François, NAKACHE, Delphine. **Controlling Irregular Migration in Canadá: Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection**. In: IRPP Choices, vol. 12, n. 1 fevereiro 2006. Disponível em: <www.irpp.org>.

DAL LAGO, Alessandro. **Non persone: l'esclusione dei migranti in una società globale**. Milão: Feltrinelli, 2004.

DAL RI JR, Arno. **O Estado e seus Inimigos: a repressão política na história do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DELEUZE, Gilles. *Post-Scriptum* sobre as sociedades de controle. In: _____. **Conversações: 1972-1990**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DELEUZE, Gilles.; GUATTARI, Félix. **Kafka: por uma literatura menor**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1977.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Before the Law. In: _____. **Acts of Literature**. New York, London: Routledge, 1992.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Vida e Direito: poder, subjetividade no contexto biopolítico**. Dissertação em Direito. Curitiba: UFPR, 2007.

DOUZINAS, Costa. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DUARTE, André Macedo. **De Michel Foucault a Giorgio Agamben: a trajetória do conceito de biopolítica**. Curitiba, 2007. No prelo.

_____. Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI. In: **Revista Cinética**. Estéticas da Biopolítica: audiovisual, política e novas tecnologias. Disponível em: <http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre_duarte.htm>. Acesso em 15 dez. 2009.

_____. Heidegger e a modernidade: notas sobre a crise do presente. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Crítica da Modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 73-91.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUBY, George. **Ano 1000, ano 2000: na pista de nossos medos**. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 1998.

DUVERGER, Maurice. **Os Grandes Sistemas Políticos: instituições políticas e Direito Constitucional I**. Coimbra: Almedina, 1985.

FOLEY, Brian J. Guantanamo and Beyond: dangers of rigging the rules. **The Journal of Criminal Law and Criminology**. Vol. 97, nº 4, 2007, p. 1009-1069.

FOLHA DE SÃO PAULO, REUTERS e EFE. **Berlusconi fala em combater "exército do mal" de imigrantes ilegais**. Publicado em 15/04/2008. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u392331.shtml>>. Acesso 15 abr. 2008.

FOLHA DE SÃO PAULO. **O Poder Judiciário e a Anistia para 1935**. In: Supremo Tribunal em Debate. Disponível em <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2009/12/o-poder-judiciario-e-anistia-para-1935.html>>. Acesso em 09 dez. 2009.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e Contrato de Trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território e População**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.

_____. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 2005b.

_____. História da Sexualidade, vol. I **A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro, Graal, 1979.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público : Jus cogens**. Belo Horizonte: Forum, 2004.

GARGARELLA, Roberto. **Derecho a La Protesta**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.

GIACOIA JR, Oswaldo. Sobre os Direitos Humanos na Era da Bio-política. In: **Kriterion**, Belo Horizonte, nº 118, Dez./2008, p. 267-308.

GIORGI, Gabriel y RODRÍGUEZ, Fermín (comps.). **Ensayos sobre Biopolítica – Excesos de vida** (Gilles Deleuze / Michel Foucault / Antonio Negri / Slavoj Žižek / Giorgio Agamben). Buenos Aires: Paidós, 2007.

GÓMEZ, José Maria. Soberania Imperial, Espaços de Exceção e o Campo de Guantánamo. Desterritorialização e Confinamento na “Guerra contra o Terror”. **Revista Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, vol. 30, nº 2, maio/agosto 2008, p. 267-308.

GORSKI, Héctor C. Silveira, FERNÁNDEZ, Cristina, MANAVELLA, Alejandra. **A right-based approach to migration policies in a context of emergencies: Expelling States and semi-persons in the European Union**. Disponível em: <<http://www.libertysecurity.org>>. Acesso em 03 dez. 2009.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O Estado de Exceção do Direito Constitucional**: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998. 2v.

GROSS, Oren. Chaos and Rules: should responses to violent crises always be constitutional? **The Yale Law Journal**, n. 112, New Haven, 2003, p.1011-1134.

HAMILTON, Alexander; MADISON, e outros. **American State papers, The Federalist; On liberty, Representative Government, Utilitarianism**. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1989.

HIRST, Paul. Carl Schmitt's Decisionism. In: MOUFFE, Chantal. (Ed.) **The Challenge of Carl Schmitt**. London: Verso, 1999. 07-17.

KAFKA, Franz. **The Complete Stories**. New York: Schocken Books, 1995.

_____. **O Processo**. Trad. GUIMARÃES, T. São Paulo: Abril S.A., 1974.

_____. **Um artista da fome; e, A Metamorfose**. Trad. GUIMARÃES, T. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.

KAHN, Victoria. Hamlet or Hecuba: Carl Schmitt's Decision. **Representations**, N. 83 (Summer, 2003), pp. 67-96 Published by: University of California Press.

KELSEN, Hans. Quem Deve ser Defensor da Constituição. In: **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLEIN, Naomi. **A Doutrina de Choque**: a ascensão do capitalismo de desastre. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2008.

KRISTEVA, Julia. **Estranhos para Nós Mesmos**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

_____. **Nations Without Nationalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LACOUÉ-LABARTHE, Philippe, NANCY, Jean Luc. **O Mito Nazista**. São Paulo: Iluminuras, 2002.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LAMAZOU, Zoé. Na Mauritânia, uma “Guantánamo” européia. **LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL**. Disponível em: <<http://diplo.uol.com.br/2008-09,a2606>>. Acesso em 15 set. 2008.

LE MONDE.FR, AFP e REUTERS. Tony Blair veut renforcer les pouvoirs de la police. **Le Monde**. Disponível em: <<http://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0@2-3214,36-915545@51-904299,0.html>>. Acesso em 25 mai 2007.

LEVI, Primo. **Os Afogados e os Sobreviventes**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. **É Isto um Homem?** Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2006.

LÖWY, Michel. **Walter Benjamin**. Aviso de Incêndio. Leitura das teses “Sobre o Conceito de História”. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MAKAREMI, Chowra, AUBERT, Olivier. **Prisonniers du passage. Pour une ethnographie des zones d’attente**. s/d. Disponível em <http://www.atopia.tk/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=99>. Acesso em 10 jan. 2010.

MAKAREMI, Chowra. **Penalización de la Circulación y Reconfiguración de la Frontera**: el mantenimiento de los extranjeros en “zonas de espera”. In: Cultures & Conflits, 71, confinement des étrangers : entre circulation et enfermement, outono 2008. Disponível em : <<http://conflits.revues.org/index17288.html> >. Acesso em 11 jan. 2010.

MARX, Karl. **A Questão Judaica**. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009.

_____. O 18 de Brumário. In: _____. **O 18 de Brumário e Cartas a Kugelman**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 21-139.

MELLO, Celso Albuquerque. Guerra Justa. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República)**. 2 ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfCuriosidadeStf/anexo/NotasInformativasEletronica161007.pdf>>. Acesso em 28 jul. 2009.

MELVILLE, Herman. **Bartleby, o Escriturário**. Uma história de Wall Street. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2003.

MIGREUROP: Disponível em <www.migreurop.org>

MILLS, Catherine. Biopolitics, Liberal Eugenics, and Nihilism. In: CALLARCO, Matthew, DeCAROLI, Steven. **Giorgio Agamben: sovereignty and life**. Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 180-202.

MOMMSEN, Theodor. **Histoire Romaine**. Paris: C. Marpon et E. Flammarion Éditeurs. 1 tomo. S/D.

MORIN, Edgar. **Civilização e Barbárie Européias**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2009.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

_____. **The Political, The Moral and the Juridical**. No prelo.

MÜLLER, Friedrich. Introdução. In: SOUZA NETO, Cláudio. Pereira de. e outros. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. 01-55

NEVES, Frederico de Castro. Curral dos Bárbaros: os Campos de Concentração no Ceará (1915 e 1932). **Revista Brasileira de História**. Representações. São Paulo: Anpuh/Contexto, v. 15, n. 29, 1995.

_____. Getúlio e a seca: políticas emergenciais na era Vargas. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 21, nº 40, p. 107-131. 2001.

NOVAES, Adauto (org). **Ensaio sobre o Medo**. São Paulo: SENAC, São Paulo: Edições SESC SP, 2007.

_____. **Civilização e Barbárie**. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

_____. **Crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **A crise da razão**. Brasília, São Paulo: FUNARTE, Companhia das Letras, 1996.

OLIVEIRA, Cláudio. A Herança Foucaultiana de Agamben. In: Dossiê Foucault. **Revista Cult**. São Paulo, 2009, vol. 134, Abril, ano 12.

PARLAMENTO EUROPEU. **Parlamento Europeu vota sobre a directiva do retorno**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IM-PRESS&reference=20080603BRI30699&secondRef=ITEM-001-PT&language=PT>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

PELBART, Peter Pál. **Vida Nua, Vida Besta, uma Vida**. In: Trópico/Documenta. Disponível em: <<http://pphp.uol.com.br/tropico/html/textos/2792,2.shl>>. Acesso em 11 dez. 2008.

_____. **Vida Capital: ensaios de biopolítica**. São Paulo: Iluminuras, 2003.

PENNA, João Camilo. Sobre Viver (Entre Giorgio Agamben e Primo Levi) In: **A Exceção e o Excesso**: Agamben & Bataille. Revista Outra Travessia nº 05, 2005.

PERAZZO, Priscila Ferreira. **Prisioneiros da Guerra**: os “Súditos do Eixo” nos campos de concentração brasileiros (1942-1945). São Paulo: FAPESP, Humanitas e Imprensa Oficial, 2009.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a Dignidade do Homem**. Lisboa: Edições 70, 2001.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Estratégias da Ilusão**: a revolução mundial e o Brasil, 1922-1935. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

PISTONE, Swergio. Razão de Estado. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 1995.

PIVATTO, Priscila Maddalozzo. **Discursos sobre o Estado de Sítio na Primeira República Brasileira**: uma abordagem a partir das teorias de linguagem de Mikhail Bakhtin e Pierre Bourdieu. Dissertação: Departamento de Direito. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2006.

POOLE, Thomas. Constitutional Exceptionalism and the Common Law. In: **LSE Law, Society and Economy Working Papers 14/2008**: London School of Economics and Political Science Law Department. Disponível em <www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm>. Acesso em 19 ago. 2009.

PREUS, Ulrich K. Constitutional Powermaking for the New Polity: some deliberations on the relations between constituent power and the constitution. In: ROSENFELD, Michel (org). **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham: Duke University Press, 1994. p. 143 – 164.

RAHOLA, Federico. **A Máquina de Detenção**. Texto apresentado no Seminário Migrações Internacionais e Direitos Humanos organizado em ocasião do 20 anos do CSEM – Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios de Brasília – DF, em maio de 2008. Disponível em: <www.csem.org.br/2008/federico_rahola_a_maquina_de_detencao.pdf>. Acesso 18 dez. 2008.

RAULFF, Ulrich. Interview with Giorgio Agamben – life, a work of art without an author : the state of exception, the administrations of disorder and private life. **German Law Journal** 5, n. 5 (maio 2004). p. 609-614. Disponível em : <<http://www.germanlawjournal.net/index.php?pageID=11&artID=437>>. Acesso em 29 dez. 2009.

REFUGEE STUDIES CENTRE, GLOBAL IDP PROJECT. **Forced Migration Review**. n. 13, junho 2002. Disponível em <www.fmreview.org>. Acesso em 03 out. 2008.

REUTERS. Líbia diz que imigração ilegal para Itália foi reduzida em 90%: UE ofereceu 20 milhões de Euros para que a Líbia ajudasse o continente a conter imigração ilegal. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,libia-diz-que-imigracao-ilegal-para-italia-foi-reduzida-em-90,463626,0.htm>>. Acesso em 11 dez. 2009

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das Liberdades Cívicas (1891-1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

ROMANO, Santi. Sui Decreti-Legge e lo Stato di Assedio in Occasione del Terremoto di Messina e de Reggio-Calabria. In: __. **Scritti Minori**. Vol. 1. Diritto Costituzionale. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 287-310.

ROSSITER, Clinton. **Constitutional Dictatorship**: crisis government in the modern democracies. New York, Burlingame: Harbinger Book, 1963.

SAINT-BONNET, François. **L'État d'Exception**. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

SAINT-SÄENS, Isabelle. Des camps en Europe aux camps de l'Europe. In: **Multitudes**, n. 19, dez. 2004. Disponível em <<http://multitudes.samizdat.net>>. Acesso em 03 dez. 2009.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de La Constitución**. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **Theologie Politique**. Paris : Gallimard, 1988 .

_____. **La Dictadura**: desde los comienzos del pensamiento. Madrid: Ediciones Castilla, 1968.

SCHOLEM, Gershom; BENJAMIN, Walter. **Correspondência**: 1933-1940. São Paulo: Perspectiva, 1992.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Walter Benjamin: o estado de exceção entre o político e o estético. In: CAPELA, Carlos Eduardo S.; SCRAMIN, Susana (ed.) **A Exceção e o Excesso**: Agamben & Bataille. Revista Outra Travessia nº 05, Ilha de Santa Catarina, 2005.

SEMPRUN, Jorge. **A Escrita ou A Vida**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

SIBILIA, Paula. **O Homem Pós-orgânico**: corpo, subjetividade e tecnologias digitais. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel J. **A Constituinte Burguesa**: O que é o Terceiro Estado? Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA; BROWN UNIVERSITY. **Pico Project**. Disponível em <http://www.brown.edu/Departments/Italian_Studies/pico/index.html>. Acesso em 17 mar. 2009.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de Emergência** : o controle do poder em situações de crise. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.

TODOROV, Tzvetan. **Em Face do Extremo**. Campinas: Papirus, 1995.

TRIBE, Laurence H.; GUDRIDGE, Patrick O. The Anti-Emergency Constitution. **The Yale Law Journal**, n. 113, New Haven, 2004, p.1801-1870.

VIEIRA, José Ribas. O Duplo Sentido da Administralização do Poder Judiciário no Brasil (1926-1931): a impetração do *Habeas Corpus*. In: RIBEIRO, Gladys Sabina (org.). **Brasileiros e Cidadãos: modernidade política (1822-1930)**. São Paulo: Alameda, 2008.

ŽIŽEK, Slavoj. **Bem vindo ao Deserto do Real!** Cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

WALZER, Michel. **Guerras Justas e Injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Decisões Judiciais e Documentos Legislativos consultados

BRASIL. Congresso Constituinte. Constituição do Império do Brasil, 1824.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em 12 jan. 2010.

BRASIL. Congresso Constituinte. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em 11 ago. 2009.

BRASIL. Presidente. Ato Institucional n. 1, 1968. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm>. Acesso em 20 out. 2009.

BRASIL. Presidente. Mensagens Presidenciais. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 1978. v. 1-5. (Documentos Parlamentares).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 300**. Paciente: Eduardo Wandenkolk e outros. Relator: Ministro Costa Barradas. Rio de Janeiro, 27 de abril de 1892. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 1063**. Paciente: João Cordeiro e outros. Relator: Ministro Bernardino Ferreira. Rio de Janeiro, 03 de março de 1898 e 26 de março de 1898. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC1063.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 1073**. Paciente: João Cordeiro e outros. Relator: Ministro Ribeiro de Almeida. Rio de Janeiro, 30 de março de 1898, 2 de abril de 1898 e 16 de abril de 1898. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC1073.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 3527**. Paciente: José Eduardo de Macedo Soares e outros. Relator: Ministro Amaro Cavalcanti. Rio de Janeiro, 15 de abril de 1914. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3527.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 4469**. Paciente: Nilo ou Nissim Reisman. Relator: Ministro Viveiros de Castro. Rio de Janeiro, 12 de janeiro de 1918 Revista

Forense. Doutrina, Legislação e Jurisprudência, Minas Gerais, v. 30, n. 175 a 180, p. 66. jul. a dez. de 1918.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 8690**. Paciente: Edmundo Bittencourt e outro. Relator: Ministro G. Natal. Rio de Janeiro, 16 de outubro de 1922. Revista Forense. Doutrina, Legislação e Jurisprudência, Minas Gerais, v. 42, n. 235 a 240, p. 130 a 132. jan. a jun. de 1923.

ESTADOS UNIDOS. Constituição. Disponível em : <http://www.usconstitution.net/const.html>. Acesso em 12 jan. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 17 F. Cas. 144. Ex Parte Merryman, 1861. Disponível em : <http://www.tourolaw.edu/patch/Merryman/>. Acesso em 25 mar. 2009.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 67 U. S. 635. Prize Cases, 1862. Disponível em <http://supreme.justia.com/us/67/635/case.html>. Acesso em 25 mar. 2009.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 71 U.S. 2. Ex Part Milligan. Disponível em: <http://www.tourolaw.edu/Patch/Milligan/>. Acesso em 25 mar. 2009.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 542 U.S. 507. Hamdi v. Rumsfeld, 2004. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-6696.ZS.html>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. General Comment nº 29 – states of emergency (article 4). U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001). Disponível em http://www1.umn.edu/humanrts/encomm/hrc29.html#_edn8. Acesso em 30 jan. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/On/sist_glob_trat/texto/texto_3.html. Acesso em 29 jan. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose, Costa Rica), 1969. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Sistema_inter/texto/texto_5.html. Acesso em 29 jan. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinión Consultiva- 8 - El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 – Convención Americana sobre Derechos Humanos), 1987. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.doc. Acesso em 04 fev. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinión Consultiva- 9 - Garantías Judiciales em Estados de Emergência (arts. 27.2, 25 y 8 – Convención Americana sobre Derechos Humanos), 1987. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.doc. Acesso em: 04 fev. 2009.

Filmografia

Arquitetura da Destruição (Undergångens Arkitektur). Direção: Peter Cohen. Produção: Versátil Home Vídeo. Alemanha: Universal, 121 min, son. col, 1989.

Em Segredo (Grbavica). Direção: Jasmila Zbanic. Produção: Imagem Filmes. Áustria, Bósnia e Herzegovina, Alemanha, Croácia 90 min, son. Color, 2006.

Noite e Neblina (Nuit et Brouillard). Direção: Alain Resnais. França, 31 min, son., color, 1955.

Táxi para a Escuridão (Taxi to the Darkside). Direção Alex Gibney. Produção: Jigsaw Production. Estados Unidos. 106 min, son., color, 2007.

ANEXO 1

Sobre a ditadura romana SCHMITT (1968, p. 265) apresenta os seguintes dados:

“Os dados seguintes, (...), poderiam servir para apresentar um quadro sumário, já que em parte são também de interesse para as demais explicações:

a) A ditadura republicana da época antiga (primeira ditadura segundo Tito Lívio, II, 18, não está claro se de M. Valerius, 505 a. de C., ou de T. Larcus, 501; a este menciona também Cícero, *De republica* II, 56; pelo geral se chama o primeiro ditador). A julgar pelos casos transmitidos pelos analistas, parece como se a ditadura tivesse sido antes de tudo um meio de política interna na luta contra os plebeus. Assim se concebe habitualmente também a literatura política dos séculos XCII e XVIII. Mas segundo as investigações mais modernas, é provável que os casos antigos de ditadura para a repressão de uma sublevação (*seditionis sedandae*) sejam apócrifos; em particular a ditadura na primeira *secesio plebis* de 494 a. de C. é certamente ahistórica. Segundo a crítica de casos singulares de Fr. Braudel, *Dierömischen Diktaturen*, tese da Universidade de Breslau, 1910, apenas fica um caso autêntico de ditadura para o esmagamento de uma sublevação nos primeiros cento e cinquenta anos da República, e os primeiros ditadores são somente comandantes supremos para o caso de guerra. Sobre a origem da ditadura nos direitos populares itálicos, (...), antes da ditadura de Hortensio, 272 a. de C, não houve nenhum *dictador seditionis sedandae causa* e o ditador da velha República era o general chefe coaligado, que entrava em campanha à cabeça do exército aliado, quando este (o *nomen latinum*) era proclamado em caso de necessidade. Era o chefe militar supremo investido por curto tempo do *imperium* real e que em outro tempo não tinha nenhuma função a seu cargo. Isto explica também a limitação da duração do cargo a seis meses, que era a duração da campanha de verão.

Com o transcurso do tempo, a ditadura mais antiga tornou-se impraticável (não derogada pela lei), por diversos motivos, em primeiro lugar porque o poder originalmente incondicionado do ditador ficou submetido ao direito de intercessão dos tribunos da plebe e ao apelo ao povo (em torno de 300 a. de C.), e ademais porque a limitação da duração do cargo a seis meses já não respondia a diversas circunstâncias militares, pois as guerras ocorriam fora da Itália. Durante a segunda guerra púnica ainda se nomeou um ditador, em 217 e 216, desde logo por motivos especiais, mas em contrapartida, no ano 211, apesar do maior

perigo não se nomeou, porque então estavam os dois cônsules na cidade. Desde 202 até 80 (Sila) não houve nenhum caso de ditadura.

b) A “quase-ditadura” introduzida pelo senadoconsulto *ultimum* (Plaumann, *Klio*, 1913, pp. 313 ss.) é um substitutivo da ditadura mais antiga que havia se tornado inservível. Surgiu como um meio de luta contra os adversários políticos internos (prescindindo de indícios anteriores), primeiro em 133 durante as agitações de Tiberio Graco e teve lugar até o ano 40. Baseava-se em uma resolução do Senado, na qual, valendo-se da fórmula: *videant consules ne quid res publica detrimenti capiat*, cabia aos cônsules velar pela segurança do Estado (*rem publicam commendare, rem publicam defendere*). Por isso os cônsules se consideravam facultados para proceder, sem ter em conta as barreiras jurídicas, contra os cidadãos romanos que eram inimigos da ordem existente. Segundo Mommsem (*Staatsrecht*, III, 1242), o senadoconsulto *ultimum* coincide com a declaração de *hostis*, ou seja, que o adversário político interno era declarado fora da lei e tratado como um inimigo na guerra. (...). Segundo Plaumann (p. 344), o senadoconsulto *ultimum* e a declaração de *hostis* são dois atos separados.

c) No ano 82 a. de C. Sila foi nomeado como ditador *reipublicae*, por tempo indeterminado em virtude de uma lei especial, primeiro por um ano, depois se prorrogou a duração do cargo e finalmente se fez vitalício. Estas ditaduras, assim como o triunvirato, não estão submetidas ao apelo ao povo e nem sujeitas às leis existentes. Da antiga ditadura só tiveram o nome.”

ANEXO 2

Declaração, Prorrogação e Suspensão do estado de sítio de 1891 a 1937, no Brasil*:

Ano	Período de governo	Dias de regime
1891	Mar. Deodoro da Fonseca	—
1891 a 1894	Mar. Floriano Peixoto	295
1894 a 1898	Prudente de Moraes	104
1898-1902	Campos Sales	—
1906 a 1909	Rodrigues Alves	121
1906-1909	Afonso Pena	—
1909-1910	Nilo Peçanha	—
1910 a 1914	Mar. Hermes da Fonseca	268
1914 a 1918	Wenceslau Braz	71
1918-1919	Delfim Moreira	—
1919-1922	Epitácio Pessoa	132
1922 a 1926	Arthur Bernardes	1.287
1926 a 1930	Washington Luiz	87
1930-1934	Getúlio Vargas	—
1934 a 1937	Getúlio Vargas	658
TOTAL (46 anos)	-	2.891 (ou quase 8 anos).

* Tabela adaptada de Revista Brasileira de Estudos Políticos; separata n. 17. Belo Horizonte, 1964. No original o período de análise vai até 06 de outubro de 1963.

ANEXO 3

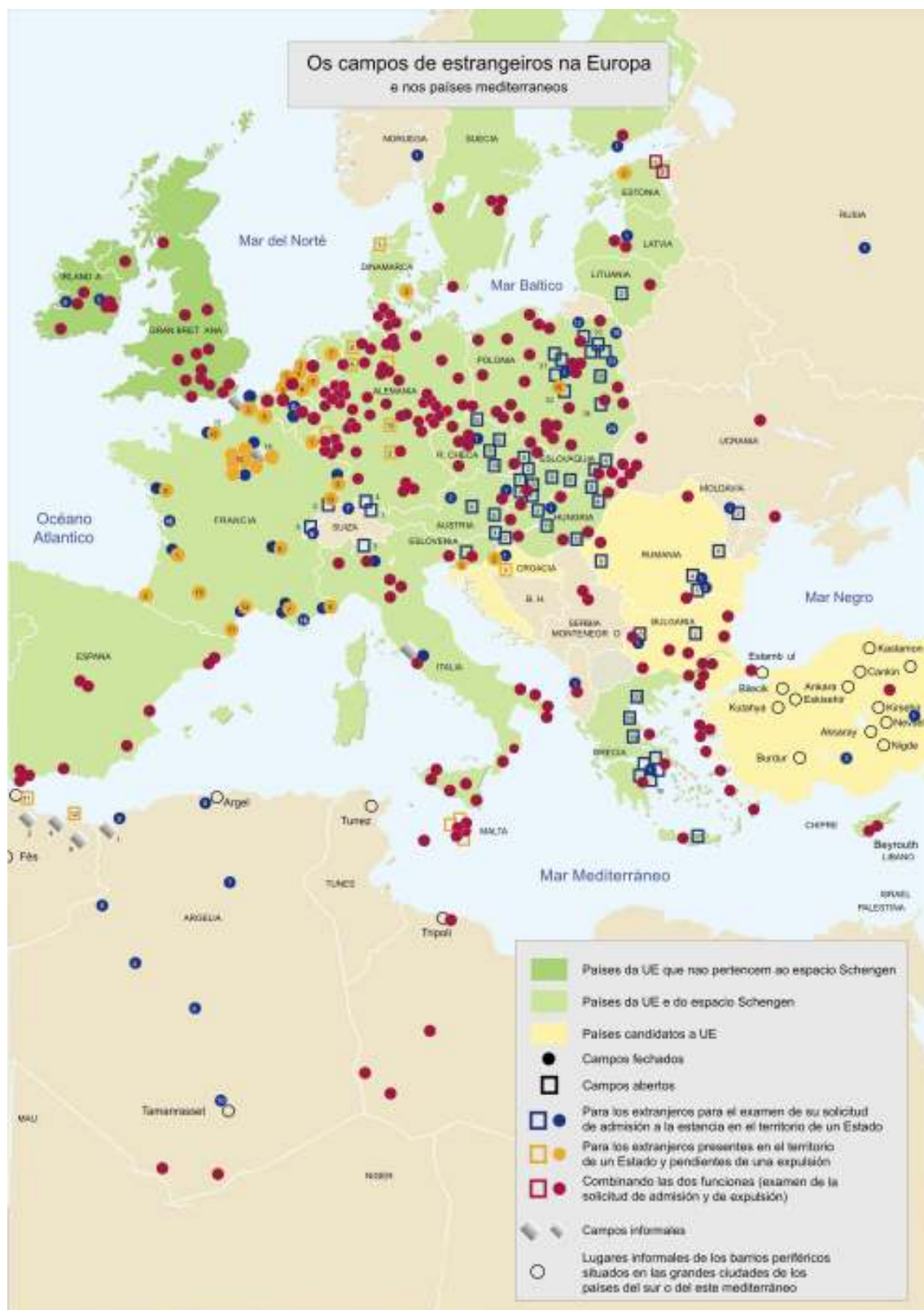


Imagem formatada (reduzida e traduzida) a partir do mapa disponível no site Migreurop.